

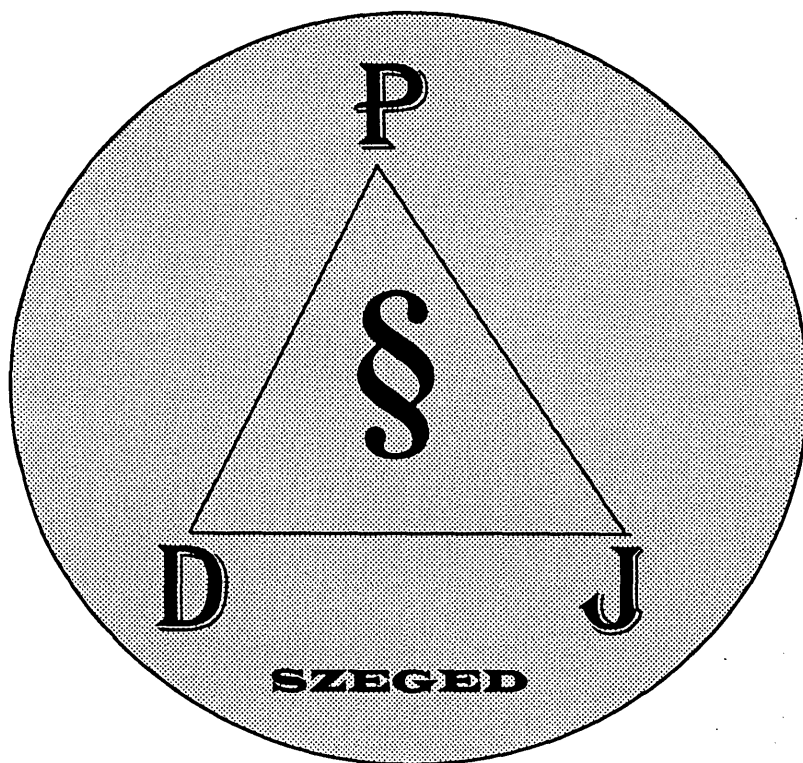
57498

57498

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS
ACTA JURIDICA ET POLITICA

PUBLICATIONES DOCTORANDORUM JURIDICORUM

Tomus I.
Fasciculus 1-20.



SZEGED
2001

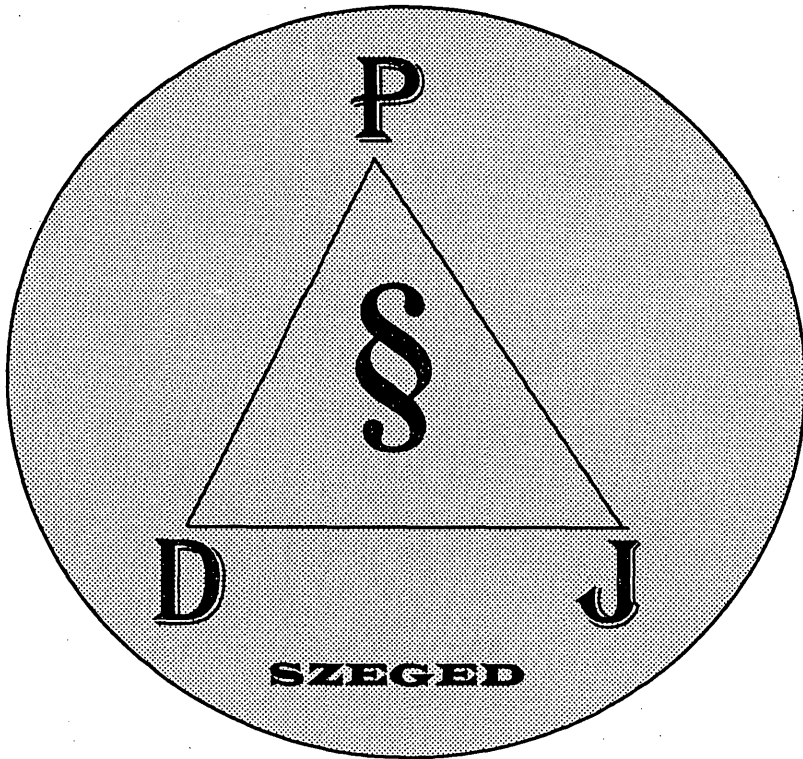
Vóteles

57498

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS
ACTA JURIDICA ET POLITICA

PUBLICATIONES DOCTORANDORUM JURIDICORUM

Tomus I.
Fasciculus 1-20.



SZEGED
2001

**ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS
ACTA JURIDICA ET POLITICA**

Publicationes doctorandorum juridicorum

Tomus I.
Fasciculus 1–20.

SZEGED
2001

Edit

Comissio Scientiae Studiorum Facultatis Scientiarum Politicarum et Juridicarum
Universitatis Szegediensis

ELEMÉR BALOGH, LAJOS BESENYEI, LÁSZLÓ BODNÁR,
JÓZSEF HAJDÚ, ÉVA JAKAB, JENŐ KALTENBACH, TAMÁS KATONA,
JÁNOS MARTONYI, FERENC NAGY, PÉTER PACZOLAY,
BÉLA POKOL, JÓZSEF RUSZOLY, LAJOS TÓTH, LÁSZLÓ TRÓCSÁNYI

Redigit
KÁROLY TÓTH

Nota
Publ. doct. jur. Szeged

Kiadja

a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának
tudományos bizottsága

BALOGH ELEMÉR, BESENYEI LAJOS, BODNÁR LÁSZLÓ,
HAJDÚ JÓZSEF, JAKAB ÉVA, KALTENBACH JENŐ, KATONA TAMÁS,
MARTONYI JÁNOS, NAGY FERENC, PACZOLAY PÉTER,
POKOL BÉLA, RUSZOLY JÓZSEF, TÓTH LAJOS, TRÓCSÁNYI LÁSZLÓ

Szerkeszti
TÓTH KÁROLY

Kiadványunk rövidítése
Publ. doct. jur. Szeged

ISSN 0324-6523 Acta Univ.
ISSN 0563-0606 Acta Jur.
ISSN 1587-9941 Publ. doct.

Új sorozatunk elé

Az egyetemi sorozatokat a letűnt századokban különös hely illette meg a tudományos kiadványok között. A társadalomtudományiak tipikusan a szakfolyóiratban közölhető tanulmányokat terjedelmileg meghaladó, könyvként viszont – különböző okokból – még ki nem adható művek publikálására szoktak volt vállalkozni.

Közéjük tartozik az *Acta Universitatis Szegediensis*nek önállósult sorozata, az *Acta Juridica et Politica* is, amely – figyelemmel a sorozatcím-változásokra és a kényszerű szünetelésekre is – immáron nyolc évtizede jelenik meg Szegeden. A Ferenc József Tudományegyetem Jog- és Államtudományi Kara átmenetinek bizonyult székhely-változtatásának idején (1940–1944) ezt Kolozsvárott tette közzé. A jelenleg is élő folyama, melynek ajánlott rövidítése *Acta Jur. et Pol. Szeged*, 1955 óta folytonos. Ötvenedik kötete nyomán – az előd-sorozatokra is visszatekintve – a kar szakszerű könyvészeti leírását is közzétette: *Repertórium 1922–1950, 1955–1996*. Készítette FORRÁSNÉ TÖRÖK KATALIN HENN LÁSZLÓNÉ és KOVÁCS ILDIKÓ közreműködésével. Szeged, 1997. = *Acta Jur. et Pol. Szeged* Tom. I–L. Supplementum. 191 p. E repertórium 753 könyvészeti tételként ugyanennyi tanulmány, illetve – emlékkönyvekben – személyi bibliográfia adatait tartalmazza. Nem keveset.

Azóta további kilenc kötet (Tom. LI–LIX.), bennük 163 közlemény jelent meg. S előkészületben vannak újabb darabjai is.

Az *Acta Jur. et Pol. Szeged* kötetei három alakban kerülnek az olvasók kezébe.

1. Főszabály szerint a kötet (*Tomus*) – rendszerint évenként – tanulmányonként füzetek (*Fasciculusok*) alakját ölti föl. Ezek a füzeteink tehát *nem különnyomatok*, hanem önálló kiadványok.

2. Kivételesen valóságosan egybekötött kötetként jelenik meg a kiadvány. Ez szokott történni különösen emlékkönyvek és konferencia-kötetek esetén. E köteteken is föltüntetjük a tanulmányok szerinti füzetszámokat, ám e füzetek már *különnyomatokként* tarthatók számon, ámbár a "füzetes *Acta*" számaitól forma szerint alig különböznek.

3. Az sem kizárt, volt már rá példa, hogy egy-egy monográfia vagy forráskiadvány önálló kötetként lásson napvilágot. (Az eddigi kettő a Püski Kiadó gondozta, nálunk szerkesztett *Jogtörténeti Tár* *Acta*-változata volt.)

A felsőoktatási törvény folytán az egyetemnek 1993-ban visszanyerték tudományos minősítési és habilitációs jogaikat. E tudományos minősítés új jellegű, tudományos fokozatnak minősül – gyakorta az angolszász PhD-hez hasonlított – doktorátus. Ennek körében az intézményt képzési és minősítési jogok illetik, sőt kötelezettségek is terhelik. Hogy a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara túl van már a kezdeti nehézségeken, fogható és olvasható bizonyítéka e kötet, amely részint korábbi

és mai doktorandák s doktoranduszok, részint már doktori fokozatukat megszerzettek tanulmányaiból szerkesztették meg.

A *Publicationes doctorandorum juridicorum* – ajánlott rövidítéssel: *Publ. doct. jur. Szeged* – az *Acta Jur. et Pol. Szeged*nek önálló alsorozata, amely mind szerkesztésében, mind évi megjelenésében követi a fősorozat gyakorlatát. A szakmai színvonal és az ízléses kivitelezés ennek is sajátja.

A formáját illetően alsorozatunk az *Acta Jur. et Pol. Szeged* “valóságos” köteteinek (2.) alakjában kerül az Olvasó kezébe, azaz egységes kötetként (*Tomus*), füzetek (*Fasciculusai*) pedig valójában különnyomatok.

A doktori képzés országszerte éppen átalakulóban van. Sajátosságainkat őrizve, tevékenységünket megerősítve a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának Doktori Iskolája a kar óépületi Bónis György Szemináriumában éppen most kezdi el munkáját. Ennek bizonyossága induló sorozatunk is.

Első kötetünket ajánljuk az Olvasó értő és szíves figyelmébe.

Szeged, 2001. november 30.

Dr. Molnár Imre
egyetemi tanár,
doktori iskolai elnök

Dr. Besenyei Lajos
egyetemi tanár,
dékán

Dr. Ruszoly József
egyetemi tanár, tanszékvezető,
tudományos bizottsági elnök

BATÓ SZILVIA

Büntetőjogi eszmék a Pesti Hírlap első évfolyamában (1841)*

A reformkori büntetőjogi gyakorlat teljes és tényleges feltárásához a hatályos büntetőjogi normák és tankönyvi megállapítások elemzésén túl a rendelkezésre álló összes levéltári forrás ismerete is szükséges, ezen kívül a büntetőjogi szabályok megismerhetőségének és alkalmazásának vizsgálata is része a jogtörténeti kutatásnak.¹ A kodifikációs lépések és a közvéleményben élő büntetőjogi elképzelések, eszmék is hozzátartoznak a bírósági gyakorlatot befolyásoló tényezők közé. A büntetőjogi kodifikáció magyarországi története a jogtörténeti kutatások egyik legjobban vizsgált területe, azonban a polgári reformmozgalom kibontakozásában is fontos szerepet játszott 1829. évi tervezet teljes feldolgozása még várat magára.²

Az 1830–40-es évekre kialakuló közvélemény szerepét a büntetőjogi gondolkodás alakulásában nem vizsgálták még, pedig igen jelentős alakító tényező lehetett. A hirtelen fejlődésnek indult szakirodalom és a politikai sajtó sokféle elképzelésnek a közvetítésére lett alkalmas, különösen az érdeklődő olvasóközönség kialakulása után. A politikai és tudományos kiadványok, lapok megrendelői és olvasói mindenek előtt a nemesi és nem nemesi származású értelmiségiek, vármegyei tisztviselők voltak, amint ezt a *Tudományos Gyűjtemény* előfizetői névsorából is láthatjuk.³ A nyilvánosságon keresztül szerzett értesülések más törvényhatóságok joggyakorlatáról, a megismert tudományos eredmények, információk és elképzelések nem elhanyagolható hatást gyakorolhat-

* A tanulmány a Pólay Elemér Alapítvány támogatásával készült.

¹ HAJDU LAJOS: *Jogtörténeti kutatómunkánk hiányosságairól és követelményeiről.* (Töprengések Kállay István „*Úriszéki bíráskodás a XVIII–XIX. században*” című monográfiája kapcsán.) Századok 120 (1986) 1095–1120. 1095; HAJDU LAJOS: *A büntetőjogtörténet kutatásának kihasználatlan lehetőségeiről.* (Rabtabellák és büntető-perkivonatok történeti forrásértéke.) Levéltári Közlemények 55 (1984/1) 3–30. 3; HAJDU LAJOS: *Bűnözés és büntetőbíráskodás a XVIII. század hetvenes éveinek Magyarországon.* Budapest, 1996. 10.

² A reformmozgalom kialakulására: BARTA ISTVÁN: *A magyar polgári reformmozgalom kezdeti szakaszának problémái.* Történelmi Szemle 6 (1963) 305–343; BARTA ISTVÁN: *A fiatal Kossuth.* Budapest, 1966; GERGELY ANDRÁS: *A „rendszeres bizottsági munkálatok” szerepe a magyar polgári reformmozgalom kibontakozásában.* Tiszta 28 (1974/6) 37–41. (a továbbiakban: GERGELY). A büntetőjogi kodifikáció legújabb összefoglalása: BALOGH ELEMÉR: *A magyar büntető anyagi jog dogmatikatörténetének kezdetei.* Jogtudományi Közlöny 52 (1997) 469–484. (a továbbiakban: BALOGH); BALOGH ELEMÉR: *Egy elfelejtett büntetőtörvénytervezet.* Győri Tanulmányok 20 (1998) 73–84.

³ FENYŐ ISTVÁN: *Haladás és maradiság harca a Tudományos Gyűjteményben.* In: *A magyar sajtó története I. 1705–1848.* Szerk.: Kókay György. Budapest, 1979, 280–329. 294.

tak a reformkori jogalkalmazókra. Ezeknek a kapcsolatoknak a kimutatásához a kutatásnak az egyes törvényszékek büntetőjogi gyakorlatán kívül az ún. nyilvánossági fórumokon végbement vitákat is fel kell tárnia. Feltételezhető, hogy a közvélemény által legjobban vitatott kérdések a büntetőbíráskodás területén is változáson mentek át ebben az időben.

A politikai közvélemény nem azonosítható sem a közhangulattal, sem a megjelenő vélemények összességével, mert körvonalazható célja és rendszere van és egy öt elem-ből álló feltételrendszer szükséges a kifejlődéséhez. A társadalom fejlettsége, technikai előfeltételek, szabadság, a vélemények intézményesedésének lehetősége mellett indukáló tényezők megléte esetén alakul ki a politikai közvélemény.⁴ Ezek a feltételek az 1830-as évek elejére alakultak ki Magyarországon, a modern politikai sajtó létrejöttével az 1840-es évek első felében már javában működött. A reformkori Magyarországon a köztörténeti kutatások alapján rendi és polgári nyilvánossági eszközöket különíthetünk el, a rendi fórumok alatt a rendi képviseleti szerveket értjük: az országgyűlést és a megyegyűlést, modern nyilvánossági eszköz a sajtó és az egyesület.⁵ A rendi országgyűlésen egyetlen alkalommal merült fel az anyagi büntetőjog, az 1843. évi javaslatok tárgyalása során.⁶ A vármegyék közül csak tizennégy küldte be az 1795. évi büntetőjogi javaslat kidolgozása során visszalépést sürgető javaslatát,⁷ tényleges büntetőjogi kérdések tárgyalására csak az 1830–32 közötti vitákban került sor,⁸ ezt követően a megyegyűlések rendszeresen foglalkoztak a témával. A modern eszközök közül az egyesületek jellegükénél fogva nem vizsgálhatóak ebből a szempontból, nem állnak rendelkezésre források ilyen tevékenységükről. A sajtó szakmai része sem teljesen feldolgozott az anyagi büntetőjog szempontjából, de bizonyíthatóan itt jelennek meg a későbbi politikai sajtóban felvetődő kérdések, mint például a büntetési rendszer és a végrehajtási körülmények teljes átalakításának igénye a *Tudományos Gyűjteményben* az 1830-as évek elején.

A húszas–harmincas évek országgyűlési vitáinak hatására az olvasóközönség elkezdett érdeklődni a sajtó iránt, a politikai aktivitás pedig fellendítette a hírlapirodalmat.⁹ A korábbi ún. referáló sajtó helyett, amely események ismertetésénél tovább nem terjeszkedett,¹⁰ és amelynek hasábjain ritkán vetődtek fel elvi kérdések,¹¹ megjelent 1841-ben a modern politikai sajtó. A korábbi kerülőutakra (ismeretterjesztő forma, melléklapok) már nem volt szükség, mert a cenzúrán a kormányzat lazított, és a megfelelő olvasótábor is kialakult. A hírlapok alkalmassá váltak csoportok programjának

⁴ GERGELY ANDRÁS – VELIKY JÁNOS: *A politikai közvélemény fogalma Magyarországon a XIX. század közepén*. Acta Univ. Debr. Ser. Hist. XVIII. Magyar Történeti Tanulmányok VII. Debrecen, 1974, 5–42. 6–7.

⁵ PAJKOSSY GÁBOR: *Polgári átalakulás és nyilvánosság a magyar reformkorban*. Előadások a Történettudományi Intézetben 14. Budapest, 1991. (a továbbiakban: PAJKOSSY) 3–4.

⁶ FAYER LÁSZLÓ: *Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye I, III*. Budapest, 1896, 1900. (a továbbiakban: FAYER 1896, 1900.).

⁷ HAJDU LAJOS: *Javaslatok az 1795. évi büntetőkódex-tervezethez*. Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Sci. Budapest. Tom. VIII. (1966) 109–121, 110, 115.

⁸ GERGELY: 39–40.

⁹ MÁLYUSZNÉ CSÁSZÁR EDIT: *Bevezetés*. In: Megbíráltak és bírálók: a cenzúrahivatal aktáiból 1780–1867. Vál. ford. és sajtó alá rend.: Mályuszné Császár Edit. Budapest, 1985, 5–57. 21.

¹⁰ PAJKOSSY: 10.

¹¹ SCHRIDDE ÉVA: *A magyar vezércikk első évei*. A Magyar Intézet értekezései 24. Pécs, 1938. (A továbbiakban: SCHRIDDE) 13.

körvonalazására és a liberális eszmék közvetítésére.¹² Szemere Bertalan a világtörténelmet befolyásoló hatalomnak tekintette a sajtót.¹³ A megfelelő szerzőgárda is rendelkezésre állt, hiszen Kossuth Lajos megállapítása szerint 1841 második felében a „magyar időszaki sajtónak alkalmasint minden organumai el vannak látva eredeti közleményekkel”.¹⁴ A reformeszmék terjesztésének módját gróf Batthyány Lajos röpiratos formában képzelte el, de a pesti liberálisok nagyobb közönségnek szóló rendszeres sajtóorgánumot támogatták, többen próbáltak közülük lapengedélyt szerezni.¹⁵ A *Pesti Hírlap* viszont nem ellenzéki lapként jött létre, hanem azzá lett,¹⁶ mivel Kossuth felismerte a sajtó fontosságát, és tradíciók nélkül gyakorlatilag megteremtette a magyar politikai újságírást.¹⁷ Már a *Törvényhatósági Tudósítások* eredeti célja is a társadalmi reformprogram népszerűsítése és a következő országgyűlés előkészítése volt,¹⁸ de igazán nagy nyilvánosságot Kossuth, és ezzel együtt a liberális reformeszmék csak a Pesti Hírlapban kaptak.¹⁹ Kossuth a kormányzati politikában beállott változást így jellemezte: „a’ nemzet és kormány 1840-ben Europa színe előtt nyíltan őszintén kibékültek”.²⁰ Záborszky Alajos a sajtó alapvető fontosságát kiemelve mutatott rá a megváltozott politikai környezetre: „a’ gyors közlés ösvényén fejedező békés haladás egyik fő eszközének, az időszaki sajtónak, kissé tágasb köre is már nyitva áll előttünk”.²¹ A *Pesti Hírlap* mögött felsorakozók ki is használták a lehetőséget és a kormány 1845-re már kénytelen volt elismerni, hogy Magyarországon a sajtó hatalommá vált.²²

A politikai sajtóorgánumok közül a *Pesti Hírlap* fejtette ki a legnagyobb véleményformáló hatást, egyetlen vetélytársa az 1841 augusztusától konzervatív befolyás alá került *Világ* volt. A reformok ellenzőinek a kényszerből folytatott hírlapi vita során nem volt pozitív programjuk,²³ így Kossuth lapjának a büntetőjogi vonatkozású cikkei-

¹² KOSÁRY DOMOKOS: *Az új politikai sajtó*. In: A magyar sajtó története I. 1705–1848. Szerk.: Kókay György. Budapest, 1979, 660–664. 660–661.

¹³ BOTH ÖDÖN: *Az 1848. évi sajtótörvény létrejötté. (A sajtószabadság problémája Magyarországon a reformkorban.)* Acta Jur. et Pol. Szeged. Tom. I. Fasc. 4. 1956. 15.

¹⁴ Pesti Hírlap (a továbbiakban: PH) 1841/61, 512. (A hivatkozott közlemények közül csak a vezércikkeknek és az Értekező című rovatban megjelent tanulmányoknak a szerzője és címe szerepel. A vidéki tudósítók ugyanis nem azonosíthatók, nagyon sok a szignó nélküli híradás a kezdeti időszakban. A Kossuth Lajos által írt cikkeknel a szerző nincsen jelölve.)

¹⁵ VARGA JÁNOS: *Keresztúzbén a Pesti Hírlap. (Az ellenzéki és középútas liberalizmus elválása 1841–42.)* Budapest 1983. (a továbbiakban: VARGA 1983.) 11.

¹⁶ VISZOTA GYULA: *Kossuth Lajos és a Pesti Hírlap*. Századok 63 (1929) 5–32. 18.

¹⁷ VISZOTA GYULA: *Bevezetés*. In: Gróf Széchenyi István írói és hírlapi vitája Kossuth Lajossal I, 1841–1843. Szerk. és bev.: Viszota Gyula. Budapest, 1927, III–CLXXVIII., LXVI; BALLA ANTAL: *Kossuth Lajos, mint újságíró*. A Sajtó 1 (1927/1) 1–6. 1; DEZSÉNYI BÉLA: *Kossuth a forradalmi publicista*. Irodalomtörténet 42 (1953) 5–63. 21.

¹⁸ ERDMANN GYULA: *Zemplén vármegye reformellenzéke 1830–1836*. Miskolc, 1989. 105; PAJKOSSY GÁBOR: *Kossuth és a kormányzati „terrorizmus” politikája 1835–1839*. Századok 128 (1994) 809–817. 812.

¹⁹ PAJKOSSY GÁBOR: „...cserébe nyertem egész későbbi életemet”. *Kossuth és fogsága*. In: Nemzeti és társadalmi átalakulás a XIX. században Magyarországon. Tanulmányok Szabad György 70. születésnapjára. Szerk.: Orosz István – Pölöskei Ferenc. Budapest, 1994, 157–174. 157.

²⁰ *Visszapillantás*. PH 1841/104, 869.

²¹ ZÁBORSZKY ALAJOS: *Szabadság és rend*. PH 1841/27, 217. A szerző ügyvéd, Somogy vármegye táblabírája. SZINYEI JÓZSEF: *Magyar írók élete és munkái*. I–XIV. Budapest, 1891–1914. XIV. 1684–1685.

²² PAJKOSSY: 15.

²³ DÉNES IVÁN ZOLTÁN: *A kiváltságörzés „hamis realista” logikája. (Desseffy Aurél politikai publicisztikájának ideológiai konstrukciói.)* In: Tanulmányok Kossuth Lajos politikai pályájáról. Acta Univ. Debr. Ser. Hist. XXVI. Magyar Történeti Tanulmányok XI. Szerk.: Fehér András – Veliky János. Debrecen, 1979, 43–65. 52.

nek ismertetésén keresztül nyerhetünk bepillantást azokba az anyagi jogi általános részi kérdésekbe, amelyeket az 1840-es évek elején a legfontosabbnak ítélték. A Kossuth által szerkesztett 365 szám témaválasztása, stílusa és felfogása, némi bizonytalankodás után, már az első hetekben kialakult. A kezdetben még ötletszerűnek tűnő témaválasztás a *Kelet népe*-vita után már lényegesen kiegyensúlyozottabbá vált. Büntetőjog-történeti szempontból az első évfolyam különösen jelentős, hiszen az 1840:5. tc. által kiküldött büntetőjogi választmány csak november végétől kezdte meg a munkát, tehát ebből a szempontból 1841 a felkészülés évének tekinthető. A reformerek és a konzervatívok is alaposan előkészítették a kodifikációs bizottsági munkát. A két csoportosulás gyűlésein kívül²⁴ a cenzúra által folyamatosan ellenőrzött sajtót is felhasználták, különösen a liberálisok, eszméik terjesztésére, az alapkérdések megtárgyalására. Ennek a fóruma volt a *Pesti Hírlap*, amely tág teret biztosított a büntetőjogi reformokkal kapcsolatos tudósításoknak, ezeknek az elemzésére kerül sor a továbbiakban. Az egyes rovatokat és témákat érintő vizsgálat számos meglepetéssel is szolgálhat, hiszen eddig még nem látott napvilágot egyetlen reformkori politikai sajtótermék büntetőjog-történeti szempontú teljes körű feldolgozása.²⁵

1. Politikai sajtó és közvélemény, az időszaki sajtó szerepéről vallott nézetek

A büntetőjogi reformok szempontjából Kossuth szerkesztési elvei közül négy tűnik jelentősnek. Szerkesztői programjában kifejtette, hogy „alig van egyegy sürgetőbb, mint olly időszaki lap, melly a' nemzet életének hű tükré legyen.”²⁶ Ezt az elvet teljes szerkesztői tevékenysége során figyelembe vette, őszinte, mindent megmutató tükröt tartott az olvasók elé.²⁷ A *Pesti Hírlap* szerkesztője a sajtó feladataként határozta meg azt is, hogy „megvitassák és előkészítsék a' napnak nagy kérdéseit, mikben e' honnak jövődjé rejtezik. [...] Ismernie kell tehát a' nemzetnek önmagát és ismernie kell szükségeit; aztán megvitatni célt és eszközöket, dolgot és módokat, minden oldalról, 's ha ekkor következik a törvényhozás ideje, áldásdús leend mindenik törvény, mert egy-egy socialis meggyőződést mondott ki.”²⁸ Gyakorlatilag Kossuth szerint a törvényhozási kérdések tisztázásának, a „társadalmi vitának” a terepe a sajtónyilvánosság.²⁹ Ennek az elvnek a következetes megvalósítása meglehetősen nagy és szerteágazó vitát indított el. Kossuth több cikkben megismételte ezt a nézetét, különösen a büntetőjogi választmány feladata kapcsán. Kijelentette, hogy a beküldött büntetőjogi reformokkal

²⁴ VARGA JÁNOS: *Dedák Ferenc és az első magyar polgári büntetőrendszer tervezete*. Zalai Gyűjtemény 15. Zalaegerszeg, 1980. (a továbbiakban: VARGA 1980a) 15–19.

²⁵ SÍK FERENC több tanulmányában foglalkozott Kossuth vezércikkeinek büntetőjogi vetületével, de a többi rovat ilyen irányú teljes feldolgozása nem történt meg. Kossuth Lajos, az ügyvéd. Vál. és Összeáll: SÍK Ferenc, h. n. 1978. (a továbbiakban: SÍK 1978.) SÍK FERENC: *Kossuth Lajos zempléni táblabírói tevékenysége*. Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Sci. Budapest. Tom. XXII. (1979) 165–190. (a továbbiakban: SÍK 1979.); SÍK FERENC: *Kossuth Lajos jogi reformtervei*. In: Degré Alajos Emlékkönyv. Szerk.: Máthé Gábor – Zlinszky János. Budapest, 1995, 291–299. (a továbbiakban: SÍK 1995.)

²⁶ PH 1841/1, 1.

²⁷ BALLA: 2; SZABAD GYÖRGY: *Kossuth politikai pályája ismert és ismeretlen megnyilatkozásai tükrében*. Budapest, 1987. 50. A kifejezést más is használta: BAJKAY ENDRE: *Néhány vonás 'a szabad Jász–Kun kerületekről, világos és árnyék-oldalban*. PH 1841/36, 298. A szerzőt nem sikerült beazonosítani.

²⁸ PH 1841/1, 1.

²⁹ DEZSÉNYI: 34.

kapcsolatos tudósítások „nyomán megmondjuk abstractióinkat, és még különösen azt is, mit a' büntető törvénykezés körében a' közelgő országos nagy munkát előzőleg teendőknek vélnénk”.³⁰ „Az időszaki sajtó hivatásában egyik legüdösebb rész az örökös éber figyelem mindenre, mi a' polgári közélet 's nyilvános erkölcs körében történik. [...] Minthogy a' büntetőtörvénykönyv nemzetünk legközözebbi feladatához tartozik nem felesleges annak mezején részletes kérdések körül is ösmereteket váltani.”³¹ Ennek az ismeretterjesztő tevékenységnek eleget is tett a *Pesti Hírlap*, hiszen minden dolgot „szakadozva bár, de mégis egy egészbe összeforaszthatólag, gyakrabban 's minden oldalról taglalni; ezek szerint lapjaink folytatában a' büntetőjogról immár sokszor szólandunk.”³² A *Védelem és nyilvánosság* című vezércikkében is utalt a kodifikáció előtt elvégzendő feladatokra: „el mondjuk, mit a' büntetőtörvénykezés körében a' közelgő országos nagy munkát előzőleg teendőknek vélnénk.”³³

Ezzel kapcsolatban Kossuth nagy hévvel reagált Fáy András azon megjegyzésére, hogy a törvényhozási kérdések megvitatása nem politikai újságírás, hanem a könyvirodalom feladata. Fáy szerint a „célszerű hírlap” feladata a „már létező törvényeink” köreiben” a megvalósítás előkészítése, az új törvényhozást viszont a könyveknek kellene előkészíteniük. Bizonyos reformkérdések nem alkalmasak a sajtón keresztüli megvitatásra, ráadásul nem érdemes olyan vitatémát felvetni, amely a sajtó korlátozása miatt nem lehet minden oldalról megvizsgálni, mint például az alkotmányjogi kérdéseket.³⁴ A *Pesti Hírlap* szerkesztője saját pozíciója védelmében így érvelt: „Mi azt gondoljuk, ép' a' törvényhozási kérdések előleges fejtegetése tartozik a' hírlapok körébe, 's pedig tán inkább mint más akármí.” Összehasonlította a könyvek és a hírlapok lehetőségeit, szerzőit és olvasótáborát és arra a következtetésre jutott, hogy a könyveknel „közvetlenebbül 's terjedelmesebben ható közvetítőre van szükség, 's ez semmi más nem lehet, mint a' törvényhozási tárgyak fejtegetéseivel országgyűlés előtt 's országgyűlés alatt foglalatoskodó hírlapok.” A már hatályban levő jogszabályokkal történő foglalkozásnál viszont óvatosságra intett.³⁵ Valójában Fáy eredetileg azt vitatta, hogy a kormány cenzúrája alatt levő sajtóban érdemes-e egyáltalán törvényjavaslatokkal foglalkozni.³⁶

Természetesen a konzervatív *Világ* sem maradhatott ki a sajtó feladatait érintő vitából. Gróf Desseffy Aurél úgy látta, hogy a *Pesti Hírlap* nemcsak körüljár már felvetett problémákat, hanem egyenesen tervekét kovácsol. Ezt pedig a hírlapi korlátok túllépésének tekintette. „Az időszaki sajtótól minduntalan új meg új tervek s javaslatokat igényelni, olly gondolat, melly már magában is annak hivatása körüli fonák fogalmakon épül. [...] Figyelmeztetés, gondolatébresztés, eszmék tisztába-hozása, fonák elvek czáfolata, ezek sokkal inkább feladásai a már csak lapjainak szűke miatt is némi felszínességre kárhoztatott időszaki sajtónak, mint azon szakadatlan tervezés, mellyben

³⁰ Büntetőjog. PH 1841/45, 374.

³¹ Névtelenség. PH 1841/52, 433.

³² Adalék büntetőjogi eszmékhez. PH 1841/53, 443.

³³ Védelem és nyilvánosság. PH 1841/54, 451.

³⁴ FÁY ANDRÁS: *Kelet' népe, nyugoton*. Buda, 1841. 5, 7, 10–11.

³⁵ Hírlapkör. PH 1841/66, 552–553.

³⁶ VISZOTA: LXXIII; URBÁN ALADÁR: *Reformtörékvések és történelmi tanulságok. Az alkotmányos fejlődés korabeli eredményei és a politikai publicisztika kezdetei Magyarországon 1841–1842. Századok* 114 (1980) 26–31. 33, 26. j.

p. o. a Pesti Hírlap bővelkedik.”³⁷ Kossuth az 1841. évi utolsó számban értékelte a *Pesti Hírlapot*, mely során kifejtette, hogy a politikai sajtó mind a kormányzatnak, mind a nemzetnek hasznára van, hiszen a haladás kérdéseit rendezni „a’ sajtó közredolgozása nélkül csak vagy igen későn lehetséges, vagy tán egészen lehetetlen.”³⁸

A Komárom megyei levelező szerint „mivel most van azon stadium hazánkban, melyben az emberiség tiszta elve harcot küzd a’ barbarismus maradványának lélekölő daemonával, minnél többször kellene a’ tárgyról szólni.”³⁹ Három héttel később ugyancsak Komáromból közöltek börtönügyi statisztikát „büntetőjogi eszméink közérdekessége miatt”.⁴⁰ Sátoraljaújhelyről a levelező tanúja volt a *Bot, vessző, korbács* című vezércikk két megyei tisztviselő általi „bonczolgatásának”, melynek során elítélték a Pesti Hírlapban felvetetteket.⁴¹ Ez azt jelenti, hogy a reformok ellenzői is foglalkozni kezdtek a testi büntetés eltörlésének lehetőségével, így sikerült a problémára a közvélemény figyelmét ráirányítani. Kenessey Kálmán véleménye szerint a modern büntetési elképzeléseket még kevesen értik, inkább csak mint jelszót használják, a hagyományos büntetőjog híveinek viszont „hiában hordod fel Benthamot, Beccariát ‘stb., szent tüzedért az emberiség mellett, kinevettettel, ujságon kapkodónak neveztetel”.⁴² Ennél a kijelentésnél pontosabban nem is lehet a korabeli sajtó hatását megfogalmazni a büntetőjogi gondolkodásra, mert a lapok a korábnál lényegesen nagyobb lehetőséget nyújtottak a tájékozódásra és a meggyőzésre.

A sajtó felvilágosító jellegű érdemeit Szalay László hosszasan méltatta egy, az 1843–44. évi diéta berekesztése utáni cikkében. Kiemelte a büntetőjogi kodifikáció során a Pesti Hírlap által kifejtett ismeretterjesztési és propaganda tevékenységet, amelyre a legjobb példa az esküdtszék intézményének „sikere” a közvéleményben. Eközben pontosan meghatározta a hírlapok feladatait a törvényelőkészítésben. „Ha azonban egy részről kötelessége a’ sajtónak: megismerni mindazon gyakorlati tökélyeket, melyeket ő nem kölcsönözhetett az ügynek, ’s melyeket ez utközben sajátjává tett; más részről meg’ kötelessége: a’ bírálat’ késével lenyesni azon kinövéseket, melyek disztelenítik, melyek további fejlődését gátolhatják.”⁴³ Szalay véleménye alapján joggal állapítható meg, hogy a törvényelőkészítés terén a kitűzött célt elérte a *Pesti Hírlap* szerkesztője.

A jogalkotási kérdések mellett a Pesti Hírlap gyakorolta a sajtó egyik alapvető funkcióját: a nyilvánosságon keresztül az államhatalom ellenőrzését. Irigykedve idézték a Times felháborodott hangú cikkét az embertelen büntetést elrendelő lord Cardiganról: „és midőn mi olykor néhány szerény szót emelünk a’ visszaélések nagy tömege ellen, azonnal – –.”⁴⁴ A szerkesztőség szerint a közigazgatásban és az igazságszolgáltatásban nagy számban létező visszaélések „kevesbitésére hathatna legna-

³⁷ DESSEWFFY AURÉL: *Időszaki sajtó hivatása*. In: Dessewffy Aurél: X. Y. Z. könyv. Pest, 1841, 120–128. 121–122.

³⁸ *Visszapillantás*. PH 1841/104, 869.

³⁹ PH 1841/80, 674.

⁴⁰ PH 1841/86, 722.

⁴¹ PH 1841/33, 270.

⁴² KENESSEY KÁLMÁN: *Pillanat fenyítékünkre*. PH 1841/25, 208. A szerző (1822–1913) az ügyvédi oklevél megszerzése után megyei szolgálatba lépett Fejér megyében. SZINYEI VI.: 18–21; GULYÁS PÁL: *Magyar írók élete és munkái*. Sajtó alá rend.: Viczián János. XVII. Pótlás a XVI. kötethez. Budapest, 1995. 162.

⁴³ SZALAY LÁSZLÓ: *Büntető törvénykönyv I*. In: Publicistai dolgozatok II. Pest, 1847, 15–20. 19–20.

⁴⁴ PH 1841/37, 308.

gyobb foganattal” a teljes nyilvánosság.⁴⁵ „A’ Pesti Hírlap szerkesztősége” a *Századok* 40. számában szereplő cikkre válaszul kijelentette, hogy „a’ tömérdek visszaéléseknek semmi sem képes annyira elejét venni, mint a nyilvánosság éber figyelme.”⁴⁶

Már az első pillanatban kitűnik a *Pesti Hírlap* vezércikkeiből, hogy nem büntetőjogi dogmatikai kérdésekkel foglalkozik a szerzőjük, nem nyújt tudományos magyarázatot,⁴⁷ hanem a közvélemény tájékoztatása, a téma napirenden tartása volt a célja. Ezt Kossuth, mint szerkesztési alapelveként részletesen ki is fejtette: „abban állapotodtam meg, hogy ügyekezem könnyen írni, mert hírlapok nagy közönségnek írvák; gondolataimat szívémen ereszszen keresztül, mert lelkesíteni a’ jóra, és elhamvadni nem engedni a’ lelkesedést, mert gondolkodásra ébreszteni, ’s ébren tartani a’ felösztöngött gondolkodást – tűztem ki célul szerkesztésemben.”⁴⁸ A *Feleletben* is foglalkozott ennek kapcsán büntetőjogi kérdésekkel, de itt sem elméleti igénnyel.⁴⁹ Ennek a szemléletnek megfelel a testi büntetésről szóló vezércikkében szereplő mentegetőzés is: „a’ vezérczikki rovat szűk köre nem engedi e’ büntetés többi szempontjait végig taglalni”.⁵⁰ Dessewffy egyetértett ezzel az állásponttal, hiszen a politikai sajtót „némi felszíniességre kárhóztatott”-nak tartotta.⁵¹

Mielőtt a szűken értelmezett büntető anyagi jog általános részének a *Pesti Hírlap*-ban való megjelenésének az elemzésére sor kerülne, érdemes a Kossuth által szerkesztett lap hatásmechanizmusát jobban szemügyre venni. Az addig soha nem látott népszerűséget a szerkesztő két módon érte el, egyrészt a saját cikkeivel, másrészt azzal, hogy a vidéki eseményekről nagy terjedelemben számolt be. Kossuth mindig a legalkalmasabb pillanatot kapta el és a közönséget legjobban befolyásoló formát adta cikkeinek, így érte el a legnagyobb hatást.⁵² Mivel a *Pesti Hírlap* az első olyan lap, amely a vidék eseményeit is rendszeresen figyelemmel kísérte, és jelentős mennyiségű információt közölt a törvényhatóságok politikai életéről, így nagyobb olvasótáborra tett szert, mint bármelyik kortársa.⁵³ A legjobban ezt a vidéki népszerűséget egy reformpárti vármegyén, Békés megyén keresztül lehet megfigyelni. A *Pesti Hírlap*ban a vármegyéből publikálók száma igen kicsi volt, de nagy részük vármegyei tisztviselőként tevékenykedett. Egy sokkal szélesebb bázist jelentettek az olvasók, akik a megyei reformellenzék vezetése alatt működő kaszinókban, olvasókörokbén ismerhették meg a lapot. Minden egykorú forrás és visszaemlékezés szerint Békés vármegyében legtöbbet olvasott sajtótermék a *Pesti Hírlap* volt, amely így a helyi társadalom életét befolyásolni képes nyilvánossági eszközzé vált.⁵⁴

Kossuth Lajos a politikai perekre tekintettel és a jobbágyság helyzetének könnyítése végett szorgalmazta a büntető igazságszolgáltatás polgári átalakítását.⁵⁵ Nem volt tagja

⁴⁵ *Jámbor ohajtás*. PH 1841/41, 337–338.

⁴⁶ *Válasz Zemplényinek*. PH 1841/42, 352.

⁴⁷ Sfk: 1995. 291.

⁴⁸ KOSSUTH LAJOS: *Felelet gróf Széchenyi Istvánnak*. Pest, 1841. 66.

⁴⁹ KOSSUTH: 163–174; FAYER: 1896/1. 78.

⁵⁰ *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 210.

⁵¹ DESSEWFFY: 122.

⁵² VAS GYÖRGY: *Kossuth Lajos hírlapi cikkei*. Történeti Szemle 2 (1913) 415–421. 415; SCHRIDDE: 16.

⁵³ ERDÉSZ ÁDÁM: *Békés vármegye és Kossuth Pesti Hírlapja*. In: *Körösök Vidéke*. Szerk.: Erdmann Gyula. Gyula, 1991, 42–73. 45.

⁵⁴ ERDÉSZ: 51–55.

⁵⁵ HORVÁTH TIBOR: *Szemere Bertalan és a reformkor büntetőjogi gondolkodása*. In: *Szemere Bertalan és kora* 1. Szerk.: Ruzsoly József. Miskolc, 1991, 137–148. 139.

a javaslat kidolgozásával megbízott bizottságnak, de megalakítása után a *Pesti Hírlap*-ban „azonnal agitatori hévvel karolta föl a büntetőjog és a bűnvádi eljárás kérdéseit.” Izzóvá tette a légkört, állandóan ébren tartotta a közvélemény figyelmét. Az országos választmány tagjainak egy részével gyakran érintkezett, nagyon érdekelte a munkát, és hosszú cikkekben foglalkozott a büntetőjogi reformok kérdésével, különösen az első öt hónapban.⁵⁶ A következő három évben már nem szerepelt a büntetőjogi reform a vezércikkekben, egyedül 1842-ben ismertette Eötvös József és Lukács Móric *Fogházjavítás* című könyvét.⁵⁷ Más fontos politikai és gazdasági problémák foglalták el a „szelid tortura” helyét. A komoly jogszabálykészítés aprólékos munkájába már nem kívánt beavatkozni Kossuth, akinek a figyelmét egyéb politikai kérdések kötötték le ekkor. Sík Ferenc szerint Kossuth a kodifikációra igen nagy hatást gyakorolhatott, inspirálója is lehetett a bizottságnak.⁵⁸

2. A *Pesti Hírlap* rovatai

A *Pesti Hírlap* öt alapvető részből állt, *Vezércikk*, *Fővárosi ujdonságok*, a vidéki hírek rovatai, *Külföldi napló* és az *Értekező*, ehhez társultak alkalmanként kisebb rovatok, például az *Igazítások és czáfolatok*, egyesületi hírek, *Egyveleg*, *Különféle*.⁵⁹ A büntetőjogi szempontú vizsgálatot érdemes az egyes rovatokban feltűnő kérdések tárgyalásával kezdeni.

2. 1. Vezércikk

A vezércikk a hírlap legnagyobb hatású rovata volt, amelyet kezdetben csak Kossuth írt, majd a Széchenyivel folytatott vita során fokozatosan bevonta a reformerek prominens személyiségeit is. Egy-egy konkrét eseményből, jelenségből indult ki mindig, valamilyen felháborító vagy előremutató eset kapcsán ismertette véleményét. Az első négy hónap vezércikkei között nagyon sok érzelmes, emberbaráti témájú figyelhető meg. Ezek a cikkek nem egy ütemterv részeit képezték, hiszen még csak ekkor alakultak programmá a különböző reformelképzelések.⁶⁰

A *Pesti Hírlap* első évfolyamában tizenhat vezércikk foglalkozott legalább érintőlegesen anyagi büntetőjoggal.⁶¹ Ezek közül a cenzúra megtiltotta egynek a közlését, így a 95. számban a vezércikk helyén ez olvasható: „Előre nem láthatott akadály miatt mai

⁵⁶ FAYER: 1896/1. 36; FINKEY FERENC: *Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok száz év távlatából*. Budapest, 1942. 9; KOSÁRY DOMOKOS: *Kossuth Lajos a reformkorban*. Budapest, 1946. (a továbbiakban: KOSÁRY 1946.) 202; KOSÁRY DOMOKOS: *Kossuth és a Pesti Hírlap*. In: *A magyar sajtó története I. 1705–1848*. Szerk.: Kókay György. Budapest, 1979, 665–713. (a továbbiakban: KOSÁRY 1979.) 679; SZABAD: 52.

⁵⁷ PH 1842/69, 571–572.

⁵⁸ SÍK 1978: 233; SÍK 1979: 188; SÍK 1995: 297–298.

⁵⁹ KOSÁRY 1979: 671; PH 1841/15, 116.

⁶⁰ KOSÁRY 1946: 196, 200–201; DEZSÉNYI: 24; VARGA 1983: 25.

⁶¹ *Szelid tortura*. PH 1841/7, 49–50; *Nyilvánosság*. PH 1841/8, 57–58; *Gyermekgyilkolás*. PH 1841/10, 73; *Bünper*. PH 1841/20, 157–158; *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 209–210; *Aprócska kényurak*. PH 1841/28, 225–226; *Ismét egy ültegvirtuóz 's az ő kényura*. PH 1841/35, 285–286; *Bot for ever*. PH 1841/39, 321–322; *Nyomozás a' május 7-kei esetről*. PH 1841/40, 329; *Jámbor ohajtás*. PH 1841/41, 337–338; *Büntetőjog*. PH 1841/45, 373–374; *Névtelenség*. PH 1841/52, 433–434; *Adalék büntetőjogi eszmékhez*. PH 1841/53, 443; *Védelem és nyilvánosság*. PH 1841/54, 451; *Védelemnód*. PH 1841/55, 459–460.

lapunk vezércikk nélkül marad.”⁶² Havas József cenzor ezzel a megjegyzéssel törölte: „E vezércikket ez úttal közre bocsájtani nem lehet.”⁶³ A büntetőjogi tartalmú vezércikkeket vizsgálva szembetűnő, hogy a megjelent írások mindegyike az első félévben látott napvilágot. Először január végén, február elején került napirendre a kérdés, a második nagyobb hullám március–április, május elejétől pedig kifejezetten megszapordtak az ilyen cikkek. A második félévben már nem találkozhatunk kriminálpolitikai tárgyú fejtegetésekkel ebben a rovatban. Az összes büntetőjogi kérdést tárgyaló vezércikket Kossuth írta, de a levelezőktől érkező tudósításokat felhasználta. Két esetben a forrás megjelölésével a levél egy részét beépítette a cikkbe,⁶⁴ máskor viszont csak utalt egy-egy már említett, vagy nyilvánosságra nem került esetre, így a vezércikkek alapanyagát a gondosan kiépített levelezőhálózattól gyűjtötte össze.⁶⁵

Kossuth ebben a rovatban mutatott rá a büntető igazságszolgáltatás visszasságaira, kifejezte felháborodását és felhívta a közvélemény figyelmét ezen keresztül a büntetőjog rendezésének fontosságára. A cikkek tulajdonképpen az olvasó igazságérzetére apelláltak, inkább érzelmi síkon közelítették meg a kérdést,⁶⁶ de komoly érveléssel is találkozhatunk a ráhangoló kezdés után. Három nagyobb témával foglalkozott rendszeresen a szerkesztő, a kodifikációval, a testi büntetésekkel és a büntetőeljárással. A büntetőtörvénykönyv megalkotásával és az azt megelőző lépésekkel kapcsolatban hét vezércikkben fejtette ki álláspontját,⁶⁷ a testi büntetések ellen ebben a rovatban négy-szer emelte fel szavát.⁶⁸ A legtöbbször napirendre került probléma az eljárási visszaélések és az ezt lehetővé tevő teljesen elavult eljárási rend volt.⁶⁹ Két alkalommal hivatkozott külföldi büntetőjogi példákra,⁷⁰ a büntetőjog rendszeréről, a büntetőjog céljáról, a bűncselekmények súly szerinti felosztásáról, egy-egy esetben fejtette ki véleményét.⁷¹ Konkrét bűncselekmény kapcsán az eljárásról egyszer számolt be, bűnmegelőzési és börtönügyi kérdéseket is csak egyszer tárgyalt.⁷²

A vezércikk és a vidéki tudósítások között a viszony kölcsönös, nemcsak a szerkesztő használta fel a levelezőktől átvett híreket, hanem a tudósítók is átvették a jel-szavakat és ezek szellemében küldték el leveleiket. Az első évfolyam vezércikkei olyan

⁶² PH 1841/95, 797.

⁶³ KOVÁCS MAGDA: *A Pesti Hírlap cenzúrázása 1841–1844*. Magyar Könyvszemle 85 (1969) 339–351. 345.

⁶⁴ *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 209–210; *Ismét egy ütlegetvirtuóz 's az ő kényura*. PH 1841/35, 285–286.

⁶⁵ DEZSÉNYI: 22; SÍK 1978: 184; SÍK 1979: 181.

⁶⁶ BALLA: 3–4; KOSÁRY 1946: 202; KOSÁRY 1979: 679; SÍK 1978: 215; SÍK 1979: 181; ERDÉSZ: 45; SÍK 1995: 291.

⁶⁷ *Szelíd tortura*. PH 1841/7, 49–50; *Bünper*. PH 1841/20, 157–158; *Büntetőjog*. PH 1841/45, 373–374; *Névtelenség*. PH 1841/52, 433–434; *Adalék büntetőjogi eszmékhez*. PH 1841/53, 443; *Védelem és nyilvánosság*. PH 1841/54, 451; *Védelem mód*. PH 1841/55, 459–460.

⁶⁸ *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 209–210; *Ismét egy ütlegetvirtuóz 's az ő kényura*. PH 1841/35, 285–286; *Bot for ever*. PH 1841/39, 321–322; *Jámbor ohajtás*. PH 1841/41, 337–338.

⁶⁹ *Szelíd tortura*. PH 1841/7, 49–50; *Névtelenség*. PH 1841/8, 57–58; *Bünper*. PH 1841/20, 157–158; *Aprócska kényurak*. PH 1841/28, 225–226; *Ismét egy ütlegetvirtuóz 's az ő kényura*. PH 1841/35, 285–286; *Bot for ever*. PH 1841/39, 321–322; *Jámbor ohajtás*. PH 1841/41, 337–338; *Büntetőjog*. PH 1841/45, 373–374; *Védelem és nyilvánosság*. PH 1841/54, 451; *Védelem mód*. PH 1841/55, 459–460.

⁷⁰ *Bot for ever*. PH 1841/39, 321–322; *Névtelenség*. PH 1841/52, 433–434.

⁷¹ *Adalék büntetőjogi eszmékhez*. PH 1841/53, 443; *Védelem mód*. PH 1841/55, 459–460; *Bot for ever*. PH 1841/39, 321–322.

⁷² *Nyomozás a' május 7-kei esetről*. PH 1841/40, 329; *Gyermekgyilkolás*. PH 1841/10, 73; *Büntetőjog*. PH 1841/45, 373–374.

befolyást gyakoroltak a megyei tudósítókra, köztük Óhalmi (Omaszta) Zsigmondra, hogy felvállalták az igazságszolgáltatási visszasságok, a büntetés-végrehajtás mostoha körülményei és a testi büntetések elleni hadjárat vezetését.⁷³

A vezércikkek nemcsak önállóan fejtettek ki nagy hatást, hanem a teljes lap mondanivalóját tükrözték, a többi rovatban szereplő hírek, írások valamilyen módon alátámasztották a szerkesztő mondanivalóját. A legszorosabb kapcsolat az *Értekező*ben megjelent tanulmányokkal volt, a magvasabb tudományos magyarázatok itt kaptak helyet.⁷⁴ Az 1841. június 5-én szombaton megjelent vezércikkében Kossuth így hívta fel a figyelmet az utolsó rovatra: „Mai Értekezőnkben van egy cikkely Zoltán Jánostól, egy élethű rajz, mellynek minden szavából gazdag tárgyismeret 's mély belátás szól.”⁷⁵

2. 2. Társasági, egyesületi hírek

Közvetlenül a vezércikk után adott hírt a *Pesti Hírlap* az alakuló és már működő egyesületekről, civil kezdeményezésekről, a Magyar Tudós Társaság eseményeiről, valamint a más rovatokba nem sorolható igazításokról és rövidke közlésekről. Ebben a rovatban, esetlegessége miatt is, csak tizenegy híradás foglalkozott büntetőjogi kérdésekkel. Négy alkalommal esett szó az akadémia által meghirdetett büntetőjogi pályadíjakról. Az 1840. november 30-án tartott ülésen a „Néhány szó a' fenyíték általános szabályiról” címmel kiadásra beérkezett értekezést nem tartották megfelelőnek, ezért „az illető vizsgálók írott véleményei következtében, nyomtatástól elmozdittatik”. A büntetéstani pályázatáról a március 6-án megjelent számból értesülhettek az olvasók. Majd szeptember elején a végeredményt is innen tudhatták meg: „A' törvénytudományi pályakérdés legjobb megfejtőjének járó 100 arany jutalmat nyerte Szemere Bertalan; a' másod jutalmat, évenkénti tiszteletdíj, Sárváry Pál.” A szeptember elején tartott közgyűlésen számoltak be a törvénytudományi osztály 1839-ben hirdetett pályázatának pályamunkáiról.⁷⁶ Itt tudósítottak arról, hogy Lukács Móric levelező tag „a büntetőjogi teoriákról értekezvén különösen az igazság és haszon elveit fejtegeté” az 1840 decemberében tartott ülésen. A szeptember 5-én tartott közgyűlésen Zsoldos Ignác mondott emlékbeszédet Kossovich Károlyról, akinek kéziratban maradt munkája foglalkozott büntetőjogi kérdésekkel.⁷⁷

A kodifikáció kétszer vetődött fel, október 30-án az országos választmány összeüléseinek időpontját tették közzé, december 1-jén a bizottsági ülésre érkezett Deák Ferencet köszöntő fáklyás felvonulásról adtak hírt. A beszámoló szerzője a büntetőkódex létrehozását az egyik legfontosabb teendőnek tekintette: „polgári lét ügyeinek még akkor is legfontosabbika volna, ha hozzá más nagy és szent érdekek mellétekintete

⁷³ ERDÉSZ: 49.

⁷⁴ DEZSÉNYI: 22–23.

⁷⁵ *Büntetőjog*. PH 1841/45, 374.

⁷⁶ PH 1841/2, 10; PH 1841/19, 150; Feltehetően sajtóhiba történt, hiszen a második díjat Sárváry Jakab (1800–1873) ügyvéd, herceg Eszterházy Pál derecskei uradalmának főügyésze, Bihar vármegye és más vármegyék táblabírája nyerte. SZINNYEI: XII. 247–248; MEZEY BARNÁ: *A börtönügyi szakirodalom kezdetei Magyarországon*. Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Sci. Budapest. Tom. XXVIII. (1986) 63–83. 74–75; PH 1841/72, 606.

⁷⁷ PH 1841/3, 17; PH 1841/72, 606; *Megbíráltak és bírálók: a cenzúrahivatal aktáiból 1780–1867*. Válog. és sajtó alá rend.: Mályuszné Császár Edit. Budapest, 1985. 434–435.

nem csatlakoznék. És pedig csatlakozik.” Ezzel gyakorlatilag elismerte, hogy a szabadság egyik zálogának tekintik a korszerű büntetőjogot.⁷⁸

A korábbi tudósításokban előforduló pontatlanságokra érkezett válaszokat *Igazítások és czáfolatok* címen tették közzé, mint a Rév-Komáromban működő megyei börtönre vonatkozó információkat, valamint a pécsi levelező büntetés-végrehajtással kapcsolatos cikkére a helyreigazítást. Mindkét közleményben a végrehajtási körülmények ismertetése olvasható.⁷⁹ A büntetési rendszer elméleti kérdésére csak az Akadémia szankciótani pályázata utalt,⁸⁰ a testi büntetésekkel egy közlemény foglalkozott,⁸¹ a börtönrendszereket is egy érintette.⁸² A jogászképzés nehézségeire mutatott rá a pesti ügyvédi kar augusztus 29-én tartott gyűlésén: „hiányzik olly intézet, melynek segédelmével az ügyvéd a’ jogtudományok világliteraturai fejleményével lépést tarthatva, túl saját törvény-aenigmáink szűk körében a’ jogtan és statustudományok magasabb regioiban avatottá lehessen.”⁸³

Ebben a hírblokkban szerepelt az egyetlen országos törvényszéki statisztika, amely a Királyi Tábla és a Hétszemélyes Tábla hatékonyságát vizsgálta. Részletesebb adatokat közölt az 1840. évi szentistváni és szentmártoni törvénykezési időszakról.⁸⁴

2. 3. Fővárosi ujdonságok

A Frankenburg Adolf által szerkesztett *Fővárosi ujdonságok* a lap kicsit könnyebb hangvételű része, de itt is található negyvenkét büntetőjoggal kapcsolatos hír. Általában klasszikus bűnügyi tudósítások olvashatók itt, gyakran egy számban több is, harmincnégy ilyen rövid közlemény jelent meg, ezek közül kilenc öngyilkosságról, egy pedig balesetről szólt.⁸⁵ Egy-egy nagyobb port kavarázó esetre többször is visszatért Frankenburg, például egy késelés áldozata a korábbi számban közöltekől eltérően nem halt bele a sérüléseibe.⁸⁶ Öt hírben számoltak be eljárási visszaélésekről, ebből négy eset május végén, június elején került nyilvánosságra.⁸⁷ Szintén ekkor tudósítottak három börtönöket érintő eseményről.⁸⁸ A rovatvezető is fellépett a testi büntetések ellen, de Kossuth szerkesztői megjegyzést is fűzött egy lopással gyanúsított gyermek megverésének kapcsán: „Mi a’ botot a’ bíró kezében sem tartjuk erkölcsjavító eszköznek; minek nevezzük illy kezekben?”⁸⁹ Szerepelt még törvényszéki statisztika, Balla

⁷⁸ PH 1841/87, 730; PH 1841/96, 806; FAYER 1896/1: 97.

⁷⁹ PH 1841/15, 116; PH 1841/31, 255.

⁸⁰ PH 1841/19, 150.

⁸¹ PH 1841/31, 255.

⁸² PH 1841/15, 116.

⁸³ PH 1841/70, 588.

⁸⁴ PH 1841/4, 26.

⁸⁵ PH 1841/3, 19; PH 1841/4, 27; PH 1841/6, 44; PH 1841/9, 66; PH 1841/14, 106; PH 1841/18, 140; PH 1841/32, 260–261; PH 1841/36, 295; PH 1841/37, 303; PH 1841/39, 322; PH 1841/42, 346; PH 1841/46, 382; PH 1841/52, 435; PH 1841/53, 444; PH 1841/56, 470; PH 1841/57, 478; PH 1841/58, 486; PH 1841/59, 494; PH 1841/64, 534; PH 1841/65, 544; PH 1841/69, 581; PH 1841/89, 746; PH 1841/91, 762; PH 1841/93, 782; PH 1841/94, 791; PH 1841/100, 838; PH 1841/102, 854.

⁸⁶ PH 1841/3, 19; PH 1841/4, 27; PH 1841/6, 44.

⁸⁷ PH 1841/3, 19; PH 1841/42, 346; PH 1841/46, 382; PH 1841/48, 397.

⁸⁸ PH 1841/42, 346; PH 1841/43, 356; PH 1841/48, 397.

⁸⁹ PH 1841/3, 19; PH 1841/38, 314; PH 1841/57, 478.

Károly büntetéstani könyvének rövid ismertetése és az ügyvédek képzetlenségéről egy történet.⁹⁰

2. 4. A vidéki tudósítások rovatai, a Megyei dolgok

A vidéki tudósítások három rovatban jelentek meg, a *Megyei napló (dolgok)* a hosszabb leveleket, a *Vidéki levéltárcza* a rövidebb beszámolókat közölte, a *Királyi városok köréből* pedig a szabad királyi városok életéről számolt be. A megyei, városi és törvényhatósági levelezést Lángh Ignác ügyvéd intézte, de a levelezők számára az instrukciókat Kossuth adta meg, szabályosan megrendelte a cikkeket. Gondosan válogatta, rendezgette, jegyzetekkel látta el a tudósításokat. Nagyon fontosnak tartotta a vidékről származó információkat, a *Pesti Hírlap* öntötte az adatokat, amelyek a vezércikkeknek és az *Értekező* tanulmányinak is alapul szolgáltak. A megyei, törvényhatósági hírek válogatásával és közreadásával a megyei jogász közvéleményt is formálta. Erre a befolyásolásra példa Óhalmi (Omaszta) Zsigmond békés megyei táblabírónak a büntető igazságszolgáltatásról szóló a *Megyei naplóban* megjelent több tudósítása.⁹¹ A *Megyei dolgok* rovatban 1841-ben 152 büntetőjogi vonatkozású híradás látott napvilágot. A hírek eloszlása közel egyenletes, az első néhány számtól eltekintve majd mindegyikben található ilyen jellegű tudósítás. Kiugróan sok megyei levelező érintett büntetőjogi kérdéseket az 58., 71., 80., 96., 102., és a 104. számban, a december 22-én megjelent lap nyolc hírt tartalmazott három megyéből.⁹²

Hat olyan téma volt a megyei levelezők tudósításaiban, amely húsznál több esetben merült fel. A legtöbbet érintett kérdés a szabadságvesztés büntetés végrehajtási körülménye volt, harmincöt ilyen hírral találkozhatunk.⁹³ A szerzők egyöntetűen a korabeli börtönviszonyokat tarthatatlannak írták le, és lelkesen számoltak be minden olyan intézkedésről, amely az uralkodó állapotok javítását szolgálta. Temesvárról három alkalommal érkezett levél a börtönben kitört járványról, Bihar megye levelezője pedig szeptemberben ezt írta: „Fogházunkban a’ rabok sokasága és rendkívüli hőség miatt ragálytól lehet tartani; de, istennek hála! ez be nem következett.” A Hajdúkerület fenyítőháza is szűknek bizonyult, csakúgy, mint Bereg vármegyében a börtön, egyes uradalmak börtöneiből pedig csoportosan szökdöstek a rabok. Ungvárról egy többször büntetett elkövető öngyilkosságáról számoltak be, Bács megye levelezője pedig a rabok munkátlanságáról tudósított. A befogottak és elítéltek közös elhelyezésének megszünte-

⁹⁰ PH 1841/4, 27; PH 1841/35, 286; PH 1841/46, 382.

⁹¹ DEZSÉNYI: 22, 26; SÍK 1978: 184, 216; KOSÁRY 1979: 671–672; SÍK 1979: 181, 187; ERDÉSZ: 49.

⁹² Az elemzés során egy hírek számát minden olyan szövegegység, amely egy szerzőtől származik és egy eseményről számol be. A tudósítások legnagyobb része nem csak egy történésről szólt, hanem az olvasóknak betekintést engedett a megyei közélet eseményeibe, legtöbbször a vármegyei közgyűlés napirendjének ismertetése határozta meg az érintett kérdéseket. Nagyon ritka az olyan megyei levél, amely csak egy témát dolgozott fel, tisztán büntetőjogi vonatkozású beszámolók csak akkor láttak így napvilágot, ha az esemény sokkoló hatású lehetett az olvasóközönségre.

⁹³ Abaúj: PH 1841/80, 673; Baranya: PH 1841/75, 631; Bars: PH 1841/45, 376; PH 1841/79, 666; Bács: PH 1841/27, 220; PH 1841/58, 487; Bereg: PH 1841/71, 597; PH 1841/104, 870; Békés: PH 1841/104, 872; Bihar: PH 1841/52, 436; PH 1841/79, 665; PH 1841/104, 871; Borsod: PH 1841/33, 269; PH 1841/83, 698; Fejér: PH 1841/34, 281; Hajdúkerület: PH 1841/25, 204; PH 1841/58, 488; Jászkun Kerület: PH 1841/92, 774; Komárom: PH 1841/7, 50; PH 1841/80, 674; Nyitra: PH 1841/46, 383; PH 1841/77, 649; Pest: PH 1841/71, 597; Pozsony: PH 1841/103, 862; Somogy: PH 1841/42, 349; Temes: PH 1841/26, 211; PH 1841/31, 252; PH 1841/43, 358; Torontál: PH 1841/37, 306; Udvarhelyszék: PH 1841/67, 563; Ung: PH 1841/62, 518; Vas: PH 1841/61, 511; PH 1841/86, 722; PH 1841/102, 856.

téséről hozott határozatot a Hajdúböszörményben tartott közgyűlés, az udvarhelyszéki közgyűlés különösen a nemek szerinti elkülönítést tekintette sürgős feladatnak. A rabok élelmezése körül is rengeteg probléma merült fel, Pest megyében „a’ megye nem élelmezvén a’ rabokat, ’s e’ miatt az élelemnek kívülrüli behozatalát el nem tilthatván, a’ tömlöcz [...] gyakran úgy néz ki, mint egy casino”. Beregből a levelező arról számolt be, hogy a megyei közgyűlés alatt aláírási íveket köröztettek, amelyek bevételeiből a szegényebb raboknak juttattak élelmiszert.

A levelezők előszeretettel számoltak be megyéjük főbb jellemzőiről, így a törvényszékek működéséről, különösen a büntetőbíráskodásról és a börtönökben raboskodókról, huszonhét ilyen statisztikai adatsor található a *Megyei dolgok* hasábjain.⁹⁴ A bűnügyi statisztikai kimutatások négy nagyobb csoportra bonthatók, az adott időpontban tömlöcben levők számáról Komáromból, Bács megyéből, Kővár vidékéről, Turóc megyéből, Bars vármegyéből, Nyitrából, Bereg megyéből és Vas vármegyéből érkezett tudósítás. A törvényszéki statisztikát a rabok számáról szóló adatokkal egészítették ki Somogy megyében és Bács vármegyében. Az éppen véget ért rendes, vagy rendkívüli törvényszék munkájáról is adatokkal ellátott beszámolókat jelentettek meg, így szerezhettek információkat a kortársak Borsod, Vas megye, Bihar vármegye és Hont megye törvényszéki gyakorlatáról. A börtönügyi javaslat kidolgozására alakult országos választmány munkájának elősegítésére elrendelt adatgyűjtés eredményéről is ebben a rovatban számoltak be a levelezők a Hajdúkerületből, Baranyából, Komárom megyéből, Turóc vármegyéből, Torontálból, Bács megyéből és Nyitrából. Komárom vármegye levelezője a 80. számban a tudósítása végén bejelentette, hogy a következő levelében a törvényszék statisztikáját is közölni fogja. Baranya megye Mecseki álnévű levelezője pedig a megyében található uradalmak rablétszámát is nyilvánosságra hozta. A kötelező félévente esedékes statisztika problémát okozott több törvényhatóságnál, mert egy bihari tiszti ügyész három éven keresztül nem készítette el a kimutatást, Bács levéltárában pedig valószínűleg nem találták, mert a Helytartótanácsot kérték, hogy a nádori statisztika elkészítéséhez küldje meg a korábbi táblázatokat. A törvénykezés megkönnyítése végett Szabolcs megyében elrendelték egy jegyzék vezetését „a’ hasonló büntettek ’s hozott ítéletek összevetésével a’ lehető egyformaságra”. Somogy vármegye közgyűlése készségesen szolgáltatott adatokat Szemere Bertalannak, hogy a fogházakról szóló tervét alaposan kidolgozhassa.

A büntetőjogi kodifikáció huszonöt tudósításban merült fel,⁹⁵ a megyei levelezők egyöntetűen sürgették a korszerű büntetőkódex kidolgozását. Lényeges különbség csak abban a kérdésben alakult ki, hogy az országgyűlés döntése előtt milyen intézkedéseket

⁹⁴ Baranya: PH 1841/62, 519; Bars: PH 1841/45, 376; Bács: PH 1841/27, 220; PH 1841/58, 487; PH 1841/73, 616; PH 1841/97, 816; Bereg: PH 1841/71, 597; Bihar: PH 1841/52, 436; PH 1841/79, 665; PH 1841/104, 870–871; Borsod: PH 1841/33, 269; Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Hont: PH 1841/103, 863; Komárom: PH 1841/7, 50; PH 1841/80, 674; PH 1841/86, 722; Kővár vidéke: PH 1841/27, 221; Nyitra: PH 1841/59, 495; PH 1841/89, 746; Somogy: PH 1841/42, 349; PH 1841/91, 763; Szabolcs: PH 1841/78, 656; Torontál: PH 1841/96, 808; Turóc: PH 1841/31, 251; PH 1841/88, 738; Vas: PH 1841/61, 511; PH 1841/86, 722–723.

⁹⁵ Arad: PH 1841/61, 511; Baranya: PH 1841/97, 815; Bars: PH 1841/45, 376; PH 1841/71, 597; Bács: PH 1841/58, 487; PH 1841/97, 816; Bereg: PH 1841/104, 870; Békés: PH 1841/104, 874; Borsod: PH 1841/33, 269; PH 1841/70, 590; PH 1841/83, 698; Csanád: PH 1841/52, 436; Fejér: PH 1841/8, 59; Hajdúkerület: PH 1841/25, 204; PH 1841/58, 488; Komárom: PH 1841/80, 674; PH 1841/86, 722; Középszolnok: PH 1841/89, 747; Pest: PH 1841/47, 391; PH 1841/71, 597; PH 1841/94, 791–792; PH 1841/95, 799; Pozsony: PH 1841/103, 862; Szatmár: PH 1841/19, 151; Ung: PH 1841/62, 518.

tegyenek a megyék saját hatáskörükben, főként a büntetőeljárás területén. Általában a követutasítás kidolgozásával foglalkozó választmánynak a feladataként jelölték meg a kérdés megvitatását, és alapvető változtatást nem kezdeményeztek a Hajdúkerületben, Csanád vármegyében, Arad megyében, Középszolnok vármegyében, Baranyában és Békés megyében. A megyei hatáskörben végrehajtható reformok élharcosa Pest megye ellenzéke volt, Nyáry Pál eljárásjogi javaslata kapcsán Kossuth többször fejtette ki álláspontját amellett, hogy ezzel nem elébe vágunk a kodifikációnak, hanem elősegítik azt. A *Pesti Hírlap* szerkesztője a kodifikáció teljes nyilvánossága mellett foglalt állást, mert „a” büntető rendszer ügyébeni országos választmány tanácskozásainak is mondhatatlan kár volna elveszniök”. A borsodi levelező két alkalommal sürgette a büntetőjogi reformokat, a 33. számban így fejezte be a tudósítást: „Most azon ohajtással zárom be soraimat: vajha a’ nm. orsz. választmánynak ez ügyben teendő munkálatai honunk által fényesb sikerrel koronáztatnának, mint általunk Szemere Bertalan és b. Eötvös Józsefnek megyénkbeni lelkes működései!” Október elején az évnegyedes törvényszék-ről a beszámoló ezekkel a szavakkal kezdődött: „semmi reményével a’ vétkek kevesebbitésének, de annyival nagyobb vágyakkal a’ közelgő reform után”. Komárom vármegyéből a tudósító a büntetőkódex megalkotását már egy kicsit elkésettnek tartotta: „s’ talán országunk rendei az időt várták, melyben eljőjön a’ megváltó, azért nem alkottak ez ideig büntetőtörvénykönyvet”. Bács megye levelezője szerint „minden honpolgár élénk figyelemmel várja az országos választmánynak büntető- s’ javító-rendszer-tervét, melynek sikeríthető jelességei alkalmazhatásáról a’ törvény cikkbeni nagy nevek kezkeskednek.” A *Magyei dolgokban* látott napvilágot a satmári 12 pont is, melynek 10. pontja a büntetőkódex elkészítését is célul tűzte. A testi büntetések eltörlését várták Bács megyében és Beregben a kodifikációtól, Borsod a statárium megszüntetését, Pozsony az úriszék kiiktatását remélte a korszerű büntetőjogi jogszabályok megalkotásától.

A testi büntetések kérdésköre is élénken foglalkoztatta a megyei közvéleményt, hiszen huszonöt tudósításban szerepelt.⁹⁶ Egyetlen levelező sem kívánta a testi büntetések fenntartását, de a vármegyék nemessége inkább a kis lépésekben történő haladás híve volt. Minden megyében alkalmazták a botozást, csak a Székelyföldön nem létezett ez a büntetési nem, a székely jogállás miatt. A szokásosnál súlyosabb ítéletekről számoltak be Zala megyéből, a tudósítók Baranyából, Középszolnok vármegyéből és Trencsén megyéből jogtalan alkalmazásáról adtak hírt. A reformok hívei mindenhol megpróbálták legalább a nyilvános végrehajtást megszüntetni, Hont vármegyében ezt a javaslatot először elvetették, majd egy fél év múlva elfogadták, részlegesen fogadták el Bereg megyében, Veszprém vármegyében, Barsban, Nyitra vármegyében és Arad megyében. Ritkább alkalmazásáról több megyéből érkezett jelentés, zárt végrehajtás mellett foglalt állást Temes, a Hajdúkerület és Szabolcs megye. Komárom megye tudósítója nemcsak a szokásos emberiességi okokra és büntetési célokkal ellenkező mivoltára hivatkozott a botozás megszüntetésénél, hanem a hatályos törvényeket is bevonta az érvelésbe:

⁹⁶ Arad: PH 1841/61, 511; Baranya: PH 1841/72, 608; Bars: PH 1841/45, 376; PH 1841/79, 666; Bács: PH 1841/58, 487; Bereg: PH 1841/104, 870; Borsod: PH 1841/33, 269; Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Hont: PH 1841/52, 435; PH 1841/103, 863; Komárom: PH 1841/80, 674; Középszolnok: PH 1841/78, 657; Máramaros: PH 1841/30, 243; Nyitra: PH 1841/59, 494; PH 1841/89, 746; Somogy: PH 1841/38, 316; PH 1841/42, 342; Szabolcs: PH 1841/78, 656; Székelyföld: PH 1841/46, 384; Temes: PH 1841/31, 252–253; Trencsén: PH 1841/80, 674; Vas: PH 1841/61, 511; Veszprém: PH 1841/65, 544; Zala: PH 1841/96, 807.

„hagyjunk fel a” testi büntetésekkel, hagyjunk fel velök bizton, ugyanis kevés esetekben van a” testi büntetés törvényesítve”.

A büntetőeljárás nehézségeit taglaló beszámolók száma a megyei dolgok hasábjain huszonkettő volt,⁹⁷ a legtöbbször jelentkező probléma a perek indokolatlan elhúzódása volt, ahogy Zemplénből és Baranya megyéből tudósítottak. Ezek általában két okra vezethetők vissza, vagy a bíróság volt határozatképtelen a második ülésnapon, mint Szatmár megyében, Vas vármegyében és Hontban, vagy a rövid törvénykezési időszak alatt nem tudtak megbirkózni a feladattal, mint Heves megyében és Somogyban. Szinte megoldhatatlan problémát jelentett az, ha egy másik vármegye nem teljesítette a törvényszék kérését valamilyen eljárási cselekmény lefolytatására, Békés vármegye levelezője egy „véletlen gyilkolás” kapcsán nyilvánosságra hozta Heves megye egy éves késlekedését. Kossuth Lajos a székesfehérvári levelező tudósítása után az eljárási nehézségek közé sorolta azt is, hogy a tanuk, vádlottak gyakran anyanyelvükön tettek vallomást, de ezt azonnal magyarul vagy latinul jegyzőkönyvezték, így a kihallgatottak lehetősége sincsen ellenőrizni a tartalmát.

A büntetőeljárás során elkövetett visszaélésekről huszonegy hírt olvashattak a megyei rovatban a kortársak.⁹⁸ Az esetek többsége a kihallgatásoknál használt erőszakra példa, mint Zemplénben egy esküdt cselekménye. Előfordult, hogy a vádlott előzetes kihallgatása teljesen el is maradt, mint a Jászkun Kerületben és Biharban. Nyitra vármegyében található berencsi uradalomból alapvető eljárási hiányosságokról számoltak be, bizonyos esetekben a kihallgató azonos volt a hitelesítést végzővel. Fejér megyében a politikai ellenfelek korábbi tettei után kezdtek nyomozni mindenféle felhatalmazás nélkül. Nyitrában egy esküdt a lopás elkövetője és a sértett között egyezséget hozott létre, Középszolnokban pedig egy szolgabíró botoztatott meg ok nélkül egy gazdát.

A *Megyei dolgokban* érintett kérdések közé tartozik a büntetés céljának a megfogalmazása is, tizenhét hírben szerepelt ez a probléma.⁹⁹ Heves megye levelezője egyértelműen elutasított az elrettentést, de mást nem jelölt meg a büntetés céljaként. Borsod és Nyitra vármegye tudósítója az elrettentés elvetése mellett a büntetés céljának az elkövető javítását tekintette. A többi megyei levelező is a javítást szerepeltette a szankció alkalmazásának céljaként, de a Hajdúkerületben a példaadást, Biharban pedig a közbátorság biztosítását is fontosnak tartották.

⁹⁷ Abaúj: PH 1841/80, 673; Baranya: PH 1841/97, 815; Bács: PH 1841/97, 816; Bereg: PH 1841/95, 800; PH 1841/104, 870; Békés: PH 1841/104, 872; Borsod: PH 1841/33, 269; PH 1841/57, 478; PH 1841/83, 698; Fejér: PH 1841/8, 59; Heves: PH 1841/5, 33; Hont: PH 1841/52, 435; Kővár vidéke: PH 1841/27, 221; Nyitra: PH 1841/59, 494–495; Pest: PH 1841/97, 815; Pozsony: PH 1841/13, 99; PH 1841/103, 862; Somogy: PH 1841/42, 349; Szatmár: PH 1841/99, 832; Torontál: PH 1841/30, 243; Vas: PH 1841/61, 511; Zemplén: PH 1841/42, 348.

⁹⁸ Bars: PH 1841/74, 623; Bihar: PH 1841/52, 436; PH 1841/79, 665; Borsod: PH 1841/83, 698–699; Esztergom: PH 1841/28, 228; PH 1841/56, 471; Fejér: PH 1841/60, 503; Heves: PH 1841/18, 140; Jászkun Kerület: PH 1841/92, 774; Középszolnok: PH 1841/78, 657; Nógrád: PH 1841/96, 807; PH 1841/100, 839; Nyitra: PH 1841/46, 383; PH 1841/77, 649–650; Torontál: PH 1841/98, 823; Trencsén: PH 1841/80, 674; PH 1841/82, 692; PH 1841/99, 831; Varasd: PH 1841/71, 597; Zala: PH 1841/96, 807; Zemplén: PH 1841/33, 270.

⁹⁹ Bars: PH 1841/45, 376; PH 1841/79, 666; Bács: PH 1841/58, 487; Bihar: PH 1841/104, 871; Borsod: PH 1841/23, 185; PH 1841/33, 269; Fejér: PH 1841/60, 503; Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Heves: PH 1841/55, 461; Komárom: PH 1841/80, 674; Nyitra: PH 1841/59, 494; PH 1841/89, 746; Somogy: PH 1841/42, 349; Torontál: PH 1841/37, 306; Vas: PH 1841/102, 856; Veszprém: PH 1841/65, 544.

A szabadságvesztésre ítélt munkáltatásáról tizenhárom megyei tudósításban számoltak be,¹⁰⁰ általában kétféle megoldást alkalmaztak a törvényhatóságok, vagy közmunkát végeztek az elítéltekkel, vagy műhelyben dolgoztak a rabok. Komáromból és Vas megyéből sikeresen működő közös műhelyről számoltak be, Temes megyében Biharban és Bereg vármegyében közmunkát végeztek a fogvatartottak. Vas megyében felmerült az a javaslat, hogy a műhelyt inkább adják haszonbérbe, de ezt a közgyűlés elvetette, mert az intézmény célja nem a bevétel növelése, hanem a büntetés hatékonyabb tétele. Bereg megyében viszont magánosoknak is lehetővé tették a rabok foglalkoztatását.

Az új büntetési rendszerrel összefüggésben a börtönszisztéma kidolgozása is foglalkoztatta a megyei levelezőket, tizenkét ilyen tudósítás olvasható ebben a rovatban.¹⁰¹ Nem volt világos minden megyei tudósító számára, hogy az egyes börtönrendszerek mit jelentenek, hiszen Bács megye levelezője a két rendszert összekeverte. Hont és Csanád vármegye magányrendszert határozott el, de Komáromból és Ung megyéből ennek negatív hatásaira hívták fel a figyelmet. Működő modern végrehajtási rendszerről csak Komárom megyéből számoltak be, ahol az auburni rendszert alkalmazták.

A megyei börtönök korszerűsítési munkálatairól tizenkét közleményben tettek említést a megyei levelezők.¹⁰² Legtöbbször csak a legszükségesebb javításokat végezték el, hogy a tarthatatlan állapotok megszűnjenek. Számos helyen viszont az átépítéssel a későbbi végrehajtási rendszernek megfelelő épületet igyekeztek kialakítani.

Olyan tömegben érkeztek 1841 második felében a megyei levelezőktől a tudósítások, hogy a szerkesztő csak egyes levélrészleteket tudott közölni, egy-egy hosszabb megyei közgyűlésről akár három lapszámban számoltak be. Az olvasók érdeklődésének fenntartása céljából ilyen esetekben a tudósítás végén röviden ismertették a következő számban megjelenő témákat. Ilyen előrejelzések közül büntetőjogi vonatkozásokat nyolc hír hordozott.¹⁰³

A politikai sajtó gyakran számol be pénzügyi visszaélésekről, ez a reformkorban sem volt ritkaság, hiszen a cenzúra ellenére négy vármegyéből hét tudósításban került elő ez a téma.¹⁰⁴

Statáriumról hét levelező tett említést,¹⁰⁵ Bács megyében és Vasban kihirdették a statáriumot, Középszolnok megye közgyűlése pedig kérte. Heves megye levelezője helytelennek tartotta a közgyűlési döntést, amelyben javasolták a rögtönbíráskodás kiterjesztését. Turóc megyegyűlése elvetette alkalmazását, mert más okok mellett „korunk szelidebb irányával ellenkezik”. Borsod megye közgyűlése így foglalt állást:

¹⁰⁰ Bars: PH 1841/79, 666; Bereg: PH 1841/71, 597; Békés: PH 1841/104, 872; Bihar: PH 1841/104, 871; Komárom: PH 1841/7, 50; PH 1841/80, 674; Temes: PH 1841/31, 252; Ugocsa: PH 1841/76, 639; Vas: PH 1841/61, 511; PH 1841/86, 723; PH 1841/102, 856.

¹⁰¹ Bács: PH 1841/27, 220; Bereg: PH 1841/71, 597; Bihar: PH 1841/53, 445; Csanád: PH 1841/52, 436; Hont: PH 1841/52, 435; Komárom: PH 1841/7, 50; PH 1841/80, 674; Pest: PH 1841/71, 597; PH 1841/92, 775; Somogy: PH 1841/91, 763; Ung: PH 1841/62, 518; Vas: PH 1841/102, 856.

¹⁰² Bars: PH 1841/79, 666; Bereg: PH 1841/104, 870; Fejér: PH 1841/34, 281; Hajdúkerület: PH 1841/25, 204; Hont: PH 1841/52, 435; Komárom: PH 1841/7, 50; PH 1841/80, 674; Pest: PH 1841/92, 775; Pozsony: PH 1841/103, 862; Torontál: PH 1841/37, 306; Ugocsa: PH 1841/76, 639; Veszprém: PH 1841/65, 544.

¹⁰³ Bars: PH 1841/79, 665; Bács: PH 1841/58, 487; Komárom: PH 1841/80, 674; Trencsén: PH 1841/80, 674; Udvarhelyszék: PH 1841/67, 563; Vas: PH 1841/61, 511; PH 1841/80, 673; PH 1841/84, 722.

¹⁰⁴ Pest: PH 1841/66, 553; PH 1841/70, 590; PH 1841/71, 596; Szatmár: PH 1841/19, 151; Zemplén: PH 1841/34, 280; Zólyom: PH 1841/54, 454; PH 1841/96, 807.

¹⁰⁵ Bács: PH 1841/97, 816; Borsod: PH 1841/70, 590; Heves: PH 1841/55, 461; Középszolnok: PH 1841/78, 657; Turóc: PH 1841/31, 251; Ung: PH 1841/87, 731; Vas: PH 1841/80, 673.

„E’ jog gyakorlatát megyénk jelenleg nem kívánja, ’s ohajtja: hogy a’ büntetőtörvény-könyv kidolgozására kiküldött országos választmány munkálatának eredményei által az messze honunk határain túl számúzhassék.”

A halálbüntetést hat cikkben érintették a tudósítók a *Magyei dolgok* hasábjain,¹⁰⁶ általában a bűnügyi statisztikában szerepeltek adatok a kiszabott halálbüntetésről, de ezekben az ügyekben még nem született jogerős ítélet. Vas megyében szabtak ki halálbüntetést, de végrehajtásra 1834 óta csak egy esetben került sor. Turóc vármegyéből így számolt be a kérdéssel a levelező: „Halálos végrehajtás – mint két előkelő megyei tisztviselőtől hallám – 70 év óta nem történt.” Heves megye tudósítója csak a jelképeit említette, de a büntetésre nem tért ki.

Nyáry Pál javaslata, amelyben a Pest megyei törvényszéken a szóbeli és nyilvános büntetőeljárás megvalósítását adta elő, olyan nagy vitát váltott ki, hogy Kossuth Lajos öt számban ismertette az elhangzott érveket, és még Bereg megye levelezője is érintette a kérdést.¹⁰⁷ Hat alkalommal számoltak be a megyei levelezők illetékességi problémákról.¹⁰⁸

Öt esetben számoltak be egy sajátos büntetési nemről, a katonának adásról,¹⁰⁹ emberölésről¹¹⁰ és a mesztegnői zavargás résztvevői elleni eljárásról.¹¹¹ Bizonyos büntetések becstelentítő voltáról négy tudósításban olvashattak a kortársak, testi sértés három híradásban szerepelt, csakúgy, mint a közbiztonság helyzete.¹¹² Pesten egy késelési ügy a katonaság közbeavatkozásához vezetett, Kossuth három tudósításban számolt be a vizsgálat eredményeiről.¹¹³ Babonás elképzelések büntetőjogi szempontból is érdekesek, Zólyom vármegye levelezője tárt nyilvánosság elé három ilyen közszájon forgó történetet.¹¹⁴ Három vármegyéből arról értesítették az olvasókat, hogy a börtönökben nemcsak bűnelkövetőket tartanak fogva, hanem örültek elhelyezéséről is itt „gondoskodnak”.¹¹⁵ Tizenkét olyan kérdés fordult elő, amelyet a levelezők csak kétszer érintettek, ide tartozik többek között a külföldi büntetőjogi példára történő hivatkozás, a gyújtogatás és az engedetlenség.¹¹⁶

¹⁰⁶ Bács: PH 1841/27, 220; PH 1841/58, 487; Heves: PH 1841/55, 461; Turóc: PH 1841/88, 738; Vas: PH 1841/61, 511; PH 1841/86, 722.

¹⁰⁷ Pest: PH 1841/47, 391; PH 1841/71, 597; PH 1841/94, 791–792; PH 1841/95, 799–800; PH 1841/96, 806; Bereg: PH 1841/104, 870.

¹⁰⁸ Komárom: PH 1841/82, 691; Nyitra: PH 1841/46, 383; PH 1841/77, 649–650; Pest: PH 1841/12, 92; Sopron: PH 1841/77, 649; Vas: PH 1841/102, 856.

¹⁰⁹ Bihar: PH 1841/53, 445; Hont: PH 1841/103, 863; Jászkun Kerület: PH 1841/26, 211; Varasd: PH 1841/71, 597; Verőce: PH 1841/39, 323.

¹¹⁰ Csongrád: PH 1841/64, 535; Esztergom: PH 1841/28, 228; PH 1841/56, 471; Pest: PH 1841/12, 92; Szabolcs: PH 1841/65, 544.

¹¹¹ Somogy: PH 1841/10, 74; PH 1841/28, 227; PH 1841/32, 262; PH 1841/38, 316; PH 1841/42, 349.

¹¹² Becstelentítő büntetések: Bars: PH 1841/79, 666; Borsod: PH 1841/23, 185; Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Szabolcs: PH 1841/78, 656. Testi sértés: Baranya: PH 1841/72, 608; Nyitra: PH 1841/89, 746; Turóc: PH 1841/31, 251. Közbiztonság: Csanád: PH 1841/79, 664; Nagybecskerek: PH 1841/56, 472; Zólyom: PH 1841/9, 67.

¹¹³ Pest: PH 1841/37, 303; PH 1841/47, 391; PH 1841/48, 398.

¹¹⁴ PH 1841/54; 454.

¹¹⁵ Bács: PH 1841/58, 487; Hont: PH 1841/103, 863; Vas: PH 1841/86, 723.

¹¹⁶ Külföldi büntetőjogi példa: Bihar: PH 1841/53, 445; Komárom: PH 1841/7, 51. Magyar büntetőjogi szakirodalom Vas megyéből: PH 1841/102, 856. Hatály: Komárom: PH 1841/82, 691; Vas: PH 1841/102, 856. Beszámítást kizáró ok: Bács: PH 1841/58, 487; Vas: PH 1841/86, 723. Hütlenség Somogyból: PH 1841/10, 74; PH 1841/28, 227. Engedetlenség: Gömör: PH 1841/29, 234; Nyitra: PH 1841/89, 746. Gyújtogatás: Turóc: PH 1841/31, 251; Ugocsa: PH 1841/76, 640. Keszőlci jobbágyságok által elkövetett falopás és a tetten ért asszonyok letartóztatása: Esztergom: PH 1841/28, 228; PH 1841/34, 280–281. Rablás: Vas: PH 1841/80, 673; Zólyom:

Tizenhárom esetben egy adott téma, mint például az elévülés vagy az oklevélhamisítás, csak egy tudósításban szerepelt.¹¹⁷

Kossuth nemcsak a vezércikkekhez használta fel a levelezési anyagot, hanem bizonyos motívumokat különböző helyeken is említett, így biztosabb volt a hatás. Sokak által ismert a *Pesti Hírlap* szerkesztőjének tömör megállapítása a botbüntetés aránytalanságáról: „veréb-nem-öléstől egész az útonálló rablásig mindent, de mindent bottal gyógyítunk”.¹¹⁸ A kijelentés alapja a harmincadik számban megjelent Máramaros vármegyéből érkezett tudósítás: „jövendőre a’ szolgabíráknak utasítás adatott, hogy a’ madárfejekkel tartozókat pálczabüntetéssel fenyítsék!! Boldog isten! hát már verebet nem ölni is criminalitas a’ XIX. században”.¹¹⁹ Két vezércikkben is visszatért a témára, a *Bot for ever* címűben így hozta szóba ismét: „a’ máramarosi paraszt pedig rossz madarász levén nem elég verebet öl, és büntetésül hasonlóképp megbotoztatik”. A büntetőeljárás visszaélések elleni cikkében Kossuth a kényszervallatás hatására tett vallomásokról ezt írta: „néemly vádlott seregek gyilkosának vallja magát, bár soha máramarosi verebet sem ölt”.¹²⁰

2. 5. Vidéki levéltárca

A *Vidéki levéltárczában* huszontét büntetőjoggal kapcsolatos hír jelent meg, a többször érintett téma az eljárási visszaélések voltak, hét esetben számoltak be ilyenről a levelezők. Két levélben foglalkoztak a Zsámbékon történt eseményekkel, amely során egy ártatlan zsidó lakost Kosaras Péter megyei őrmester agyonlőtt egy tolvaj keresése során. A *Világ* 32. számában egy előítélettel teli cikk jelent meg a történetről, amelyre Balla Endre megyei aljegyző és a hitközség válaszolt, majd három héttel később az uradalmi kasznár is cáfolta az első híradásban szereplő adatokat.¹²¹ A vármegyei tisztviselők eljárási szabálytalanságainál csak nagyon ritkán nevezték meg az elkövetőket, sokszor még a település neve is csak kezdőbetűvel szerepel. P. helységben egy esküdt által hivatott lakosnak a feleségét, majd magát a férjet verte össze kíméletlenül a poroszló egy február közepén közölt levél szerint. Június 16-án arról adtak hírt, hogy P.-n egy esküdt az előle kitérni nem tudó bérest megbotoztatta, majd a panaszt kivizsgáló főszolgabíró nem járt el kellő körültekintéssel.¹²² Egy Sz.-ről érkezett levél a rabló és a sértett közötti egyezkedésbe bevont tisztviselőről számolt be a *Pesti Hírlap* olvasóinak, tudósítottak az N.-i járás főszolgabírájának és egy esküdtjének a Vág folyón történt botrányos átkeléséről is.¹²³ Sátoraljaújhelyről egy korábbi számban közölt információk

PH 1841/54, 454. Büntetőeljárás alapelvek: Fejér: PH 1841/8, 59; Ugocsa: PH 1841/102, 855. Szelíd tortúra: Borsod: PH 1841/83, 698–699; Zemplén: PH 1841/33, 270.

¹¹⁷ Külföldi büntetőjogi szakirodalom – Fejér: PH 1841/8, 59; elévülés – Fejér: PH 1841/60, 503; lófarokhoz kötés – Heves: PH 1841/5, 34; dorgálás büntetés – Bars: PH 1841/45, 376; büntetett előélet következményei – Hont: PH 1841/52, 435; gyermekölés – Torontál: PH 1841/37, 306; öncsonkítás – Pozsony: PH 1841/13, 99; oklevélhamisítás – Vas: PH 1841/102, 856; rongálás – Zólyom: PH 1841/54, 454; „csalfalkodás” – Borsod: PH 1841/57, 478; esküdszék – Középszolnok: PH 1841/89, 747; táblabírák képzetlensége – Hont: PH 1841/52, 435; büntetőjog oktatása – Sárospatak: PH 1841/102, 856.

¹¹⁸ KOSSUTH: 168–169; FAYER 1896/1.: 79.

¹¹⁹ PH 1841/30, 243.

¹²⁰ *Bot for ever*. PH 1841/39, 321; *Büntetőjog*. PH 1841/45, 373.

¹²¹ PH 1841/35, 288; PH 1841/42, 350–351.

¹²² PH 1841/14, 108; PH 1841/48, 401.

¹²³ Sz. PH 1841/39, 325; N.-i járás PH 1841/59, 496.

pontosítása történt meg, így már az esküdt eljárása nem tűnt olyan súlyos visszaélésnek.¹²⁴

A testi büntetések kérdése hat tudósításban merült fel, két esetben eljárási visszaéléssel együtt, mint P.-n és az N.-i járásban.¹²⁵ Zilai Szakács Péter a botbüntetéssel kapcsolatban egy érdekes álláspontot képviselt: „lágyabb bánásmódon botoztató: épen olyan tehát, millyennek kell lenni, törvényünk szerint, egy valódi bírónak.” Ebből kiindulva magát a büntetési nemet nem tartotta a szerző eltörlelendőnek, csak mérsékelt alkalmazást tekintette követendőnek.¹²⁶ A Mecseki álnevet használó levelező egy sajátos esetről számolt be, egy katonának fogadottról kiderült, hogy nő, ezért tizenkettőt vertek rá. A szerkesztő a testi büntetést elítélő megjegyzést is fűzött a beszámolóhoz.¹²⁷ Zilahról viszont Szabó György az iskolai vesszőzés megszüntetéséről értesítette a szerkesztőséget, és az intézkedés már jelentkező jótékony hatására hívta fel a figyelmet.¹²⁸

Négy tudósításban szerepeltek a levélírók szerint embertelen és rossz börtönviszonyok, a börtönök jellemzésére használt kifejezések igen lehangolóak: „erkölcsrontó”, „vétek iskolája”. A tömlőcöket zsúfoltnak és célszerűtlennek tartották, mert nem alkalmasak a rabok őrzésére sem, mint a b.-i (Berencs) uradalom börtöne, ahonnan csapattal szöktek meg a befogottak. Talán Sátoraljaújhelyen volt kedvezőbb a helyzet, ahol tizenhat egyszemélyes cella is működött.¹²⁹

A büntetőjogi büntetés célját három vidéki levélben érintették, mindhárom alkalommal az elkövető javítását tekintették a szankció céljának. A zilahi levelező emellett mások elriasztását is fontosnak tartotta. Lejegyezte a Beccaria által felismert jelenséget is: „a' büntetés javító 's elriasztó ereje nem nagyságától, hanem hamar és bizonyos bekövetkezésétől függ, úgy hogy félévi tömlőcz a' tettest egy hónap alatt érvén, sikeresben javít 's riaszt el másokat, mint egy évi tömlőcz, ha három vagy egy év mulva éri csak utól a' bűnöst.”¹³⁰

Testi sértésről három levélíró számolt be,¹³¹ a testi büntetések becsületsérő mivoltáról két levélben esett szó.¹³² A büntetőeljárás nehézségeivel, a rendszer elavultságával két levelező foglalkozott tudósításában.¹³³

A büntetőjogi kodifikáció igénye felmerült a magát „486” álnévvel jelölő levelező híradásában is, de Kossuth egy hosszabb szerkesztői megjegyzést is kapcsolt a levélhez, amelyben kifejtette, hogy az elhamarkodott törvény károsabb, mint az elodázott kodifikáció.¹³⁴ Hont levelezője a csavargás kapcsán állást foglalt, hogy az igazából bűncselekménynek nem tekinthető passzus nélküli utazásért nem kellene letartóztatni

¹²⁴ PH 1841/63, 527.

¹²⁵ P.-n PH 1841/48, 401; N.-i járás PH 1841/59, 496.

¹²⁶ PH 1841/63, 527.

¹²⁷ PH 1841/14, 108.

¹²⁸ PH 1841/37, 306–307.

¹²⁹ Hont: PH 1841/16, 126; N.Károly: PH 1841/69, 582–583; Sátoraljaújhely: PH 1841/63, 527; Sz.: PH 1841/39, 325.

¹³⁰ Komárom: PH 1841/13, 100; Pécs: PH 1841/14, 108; Zilah: PH 1841/65, 546.

¹³¹ Balatonfüred: PH 1841/69, 583; Pápa: PH 1841/15, 115; Veresegyház: PH 1841/103, 864.

¹³² Komárom: PH 1841/13, 103; Sátoraljaújhely: PH 1841/63, 527.

¹³³ Komárom: PH 1841/13, 103; Zilah: PH 1841/65, 546.

¹³⁴ Sz.: PH 1841/39, 325.

senkit.¹³⁵ Balatonfüredről a levelező kifejtette, hogy a bűncselekmények megítélésénél súlyosító körülménynek tekinti a bírói gyakorlat, ha tisztviselő az elkövető.¹³⁶

Az egyes bűncselekményekről szóló tudósítások között Hontból gyermekgyilkolásról, Nagybányáról rablásról, Sümegről rablóbanda garázdálkodásáról, Fiuméből pedig oklevélhamisításról és pénzügyi visszaélésről számoltak be.¹³⁷ A balatonfüredi levelező a párbaj bűncselekménnyé nyilvánítása mellett érvelt hosszasan.¹³⁸

A büntető törvénykezésnél problémát jelentett a vérhatalommal bíró uradalmak alkalmasságának a megítélése. A 39. számban közölt levél alapján a berencsi uradalom nem volt képes ellátni a büntetőeljárással kapcsolatos kötelességeit, ezt minősítette Zmertych Ferenc „vérhatalommal visszaélés”-nek.¹³⁹ A perek szóbelivé tételét szorgalmazta Szabó György Zilahról.¹⁴⁰ A P. L. szignójú levelező Hont vármegyéből közölte az 1840. évi rabstatisztikát, és a börtönépítést tartotta kívánatosnak.¹⁴¹

2. 6. Királyi városok köréből

A *Királyi városok köréből* címet viselő rovat nem minden számban szerepelt, talán azért, mert nehezebb volt az inkább kormányzati befolyás alatt álló városokban a levelezőhálózat megszervezése. Másik tényezőként az említhető, hogy a reformkorra a városi funkciók nagyobb részét a mezővárosok vették át, a korábban virágzó kiváltságos városok mind gazdaságilag, mind politikailag háttérbe szorultak. Összesen tizenegy büntetőjoghoz kapcsolódó hír látott 1841-ben a szabad királyi városokból napvilágot, az első tudósítások április közepén jelentek meg. A legtöbbször előforduló téma a testi büntetés volt, ötször foglalkoztak ezzel a büntetési nemmel. Selmecbánya levelezője csak mint létező gyakorlatot említette meg a botozást, a Szatmárnémetiből, a Szegedről, a Szabadkáról és a Bártfáról küldött tudósítás viszont elítélte az alkalmazását. A bártfai levelező szerint a botbüntetés nemcsak megalázó, hanem céltalan is, örömmel közölte, hogy egyre ritkábban szabnak ki ilyen jellegű büntetést. Szatmárnémeti mellett, ahol a „botozást tárgyzó vezércikkeknek legalább azon eredményét tapasztaljuk”, hogy a végrehajtás már nem a városháza előtt történik, Szeged és Bártfa városi tanácsa is a zárt helyen történő büntetést rendelte el. Távlati célként a teljes megszüntetését tartották kívánatosnak a tudósítók.¹⁴²

A büntetési célokat két híradásban érintették a levelezők, a Bártfáról tudósító szerint a nyilvánosan végrehajtott testi büntetés céljaként a bűnelkövetőre javító hatást a közösségre pedig elrettentő hatást jelölik meg alkalmazóik. Sem a büntetés, sem a végrehajtás módja egyik cél elérésére sem alkalmas. Szabadkáról Karvázy Zsigmond egyértelműen a büntetőjogi szankció alkalmazásának célját a bűnös javításában látta.¹⁴³

¹³⁵ Hont: PH 1841/16, 126.

¹³⁶ PH 1841/85, 716.

¹³⁷ Fiume: PH 1841/68, 572; Hont: PH 1841/16, 126; Nagybánya: PH 1841/97, 817; Sümeg: PH 1841/83, 700.

¹³⁸ PH 1841/85, 716.

¹³⁹ PH 1841/66, 555. A szerző valószínűleg azonos a korábbi levélíróval.

¹⁴⁰ PH 1841/65, 546.

¹⁴¹ PH 1841/16, 126.

¹⁴² Bártfa: PH 1841/88, 740; Selmecbánya: PH 1841/60, 504; Szabadka: PH 1841/64, 536; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400; Szeged: PH 1841/86, 724.

¹⁴³ Bártfa: PH 1841/88, 740; Szabadka: PH 1841/64, 536.

A büntetőeljárásban tapasztalható nehézségekről számoltak be Szegedről és Szabadkáról, előbbi helyen egy rablógyilkosság áldozatának rokonai nem engedték a „halottat fölbontani semmikép sem”, mert az urak szeszélyének tartották a boncolást. Szabadkán a kis létszámú rendőrség mellett gondot jelentett a kuvaszok nagy száma, és az, hogy a lakosság nem mutatott hajlandóságot az együttműködésre.¹⁴⁴ Eljárási visszaélésekről Esztergomból és Selmecbányáról kapott hírt a lap, érdekesség, hogy a szomszédos Körmöcbányán egy lopás kiderítésére varázslót vettek igénybe.¹⁴⁵ Két, bűnözéssel kapcsolatos statisztikát tettek közzé ebben a rovatban, Bártfa 1831–1841. közötti rablétszámáról szerezhettek tudomást az érdeklődők. Szabadkáról viszont egy összehasonlító adatsor érkezett az 1840. évi jegyzőkönyv és a rablétszám alapján készült kimutatást összevetette a beküldő az 1831. évi adatokkal.¹⁴⁶ A börtönviszonyokról szintén kétszer történt említés, Temesvárról a kitört járvány ellen tett intézkedésekről számoltak be, Szabadkáról pedig az elkülönítés hiánya miatti problémákról: „nem rég, gyermekölés miatt elítélt – már kiszabadult – bizonyos hajadon a’ börtönben még két gyermeket szült, s’ azokat szerencsésen föl is neveli.”¹⁴⁷ Két városi tudósító a büntetőjogi kodifikációtól remélte a botozás megszüntetését és a börtönökben uralkodó állapotok javítását.¹⁴⁸

Az eperjesi evangélikus kollégiumról szóló beszámolóból kiderült, hogy „Csupka a’ váltó és büntetőjogot egyedül magyarul” fogja előadni a következő tanévben.¹⁴⁹ Egyszer fordult elő a hírek között egy jogértelmezési probléma Szatmárból, egy katonának állítás büntetése Szatmárnémetiből, Szabadkáról egy tisztviselő pénzügyi visszaélései és a szegedi közbiztonság romlásáról szóló beszámoló.¹⁵⁰

2. 7. A vidéki hírek egyéb rovatai

Alkalmanként az említett állandó rovatok mellé újabbak is társultak, 1841-ben négy ilyen figyelhető meg, amely büntetőjogi vonatkozásokat kis tartalommal: *Rövid közlés, Egyveleg, Különféle* és az *Erdélyi országgyűlés*. A „rövid közlések” között tizenöt büntetőjogi szempontból érdekes hír található, az érintett témák a többi vidéki rovat gazdagságát mutatják. A büntetőeljárás nehézségeit és az eljárások során elkövetett visszaéléseket három alkalommal érintették a tudósítók, a többi kérdés ennél kevesebbszer szerepel.¹⁵¹

¹⁴⁴ Szabadka: PH 1841/64, 536; Szeged: PH 1841/86, 724.

¹⁴⁵ Esztergom: PH 1841/31, 254; Selmecbánya: PH 1841/60, 504.

¹⁴⁶ Bártfa: PH 1841/88, 740; Szabadka: PH 1841/64, 536.

¹⁴⁷ Szabadka: PH 1841/64, 536; Temesvár: PH 1841/31, 254.

¹⁴⁸ Szabadka: PH 1841/64, 536; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400.

¹⁴⁹ Eperjes: PH 1841/62, 520.

¹⁵⁰ Szabadka: PH 1841/46, 384; Szatmár: PH 1841/52, 437; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400; Szeged: PH 1841/86, 723.

¹⁵¹ Büntetőeljárási nehézségek: Baranya: PH 1841/96, 808; Sopron: PH 1841/76, 641; Vas: PH 1841/71, 589. Büntetőeljárási visszaélés: Baranya: PH 1841/71, 598; Torontál: PH 1841/97, 816; Udvarhelyszék: PH 1841/68, 571. Börtönállapotok: Udvarhelyszék: PH 1841/68, 572; Vas: PH 1841/71, 599. A következő szám tartalmának előrejelzése: Bács: PH 1841/56, 471; Vas: PH 1841/71, 599. Rabmunka: Ugocsa: PH 1841/75, 631; Vas: PH 1841/71, 599. Büntetőeljárás: Baranya: PH 1841/96, 808; Pest: PH 1841/93, 784. Pénzbüntetés (bírság) – Udvarhelyszék: PH 1841/68, 572; gyűjtogatás – Derekegyház: PH 1841/57, 480; testi büntetés – Baranya: PH 1841/71, 598; börtönépítés – Ugocsa: PH 1841/75, 631; garázdaság – Kis-Varsány: PH 1841/83, 700; büntetőjogi kodifikáció – Baranya: PH 1841/96, 808; statárium – Bács: PH 1841/96, 808; börtönstatisztika – Bács: PH 1841/96, 808.

Egyveleg cím alatt számoltak be arról, hogy az eperjesi római katolikus gimnáziumban gyakran alkalmazzák a gyerekekkel szemben a verés különböző fajtáit büntetésként. A tudósító kifejtette álláspontját, mely szerint „a' bot, vessző, korbács a' nevelésnek legrosszabb legoktalanabb eszközei”. Egy 1836-ban megjelent pedagógiai röpiratot is az olvasók figyelmébe ajánlott.¹⁵²

Különféle rovatcím alatt szereplő hírek között található az a szűkszavú tudósítás, amelyben a Monokon garázdálkodó gyűjtogatást is elkövető banda tagjainak elfogásáról és a három vezető statáriális bíróság elé állításáról számolt be.¹⁵³

Az erdélyi országgyűlés november 15-én tartott megnyitásáról szóló beszámoló báró Kemény Ferenc elnök beszédét idézte: „Mit mondjak, tek. KK. és RR.! büntetőtörvényeinkről? keresztülfutok ezeken, mert a' 19-ik században mind ezekről csak pirulva szólhatnak; 's különben is ezeknek hiányát mélyebben érzi minden hazafi, mintsem hogy a' javítások iránti készséget akárki részéről is kétségbe hozni lehessen.”¹⁵⁴

2. 8. Külföldi napló

Habár a *Pesti Hírlap* elsősorban belpolitikai lap volt, minden számban közöltek külföldi híreket Stuller Ferenc és Gyurmán Adolf válogatásában, de csak a hazai viszonyok közt jelentőséggel bírót. Példaként hoztak fel olyan külföldi történeteket, amelyek az adott szám programjához illeszkedtek.¹⁵⁵ Bizonyos hírek részletessége alapján megállapítható, hogy az olvasóközönség tájékozott volt a külföldi eseményekkel kapcsolatban. Gyakorlatilag minden olyan kérdésben külhoni példákat hoztak fel, amely a magyar közvéleményt foglalkoztatta, csak a vegyesházasságok és a protestáns unió képez kivételt.¹⁵⁶ A külföldi büntetőjogot érintő hírek közel egyenletesen oszlanak meg, csak március közepétől figyelhető meg egy négyhetes szünet. Szeptembertől az egy számban előforduló tudósítások mennyisége megnő, szeptember 29-én, november 13-án és december 1-jén öt ilyen közlemény található a lapban, november 24-én pedig hat, külföldi büntetőjoggal foglalkozó hír jelent meg.

A külföldről származó hírek legtöbbször a büntetőjogi kodifikáció eseményeiről, tapasztalatairól számolt be. Néha csak egy rövidke közlés erejéig, mint Darmstadtból a második számban, vagy alapos, részletes elemzésben, mint a württembergi országgyűlésről.¹⁵⁷ A legtöbb büntetőjogi kodifikációról szóló beszámoló német nyelvterületről érkezett, két skandináviai és két angliai mellett Belgium, az Egyesült Államok és Jamaica képviseltette magát egy-egy tudósítással a huszonhétből.¹⁵⁸ Ennek oka, hogy ez

¹⁵² PH 1841/50, 419.

¹⁵³ PH 1841/75, 632.

¹⁵⁴ PH 1841/96, 808.

¹⁵⁵ DEZSÉNYI: 27–28; KOSÁRY 1979: 671.

¹⁵⁶ URBÁN: 27–28.

¹⁵⁷ Darmstadtból: PH 1841/2, 13; Württembergből: PH 1841/91, 765; PH 1841/94, 793; PH 1841/97, 817; PH 1841/97, 818; PH 1841/99, 834; PH 1841/101, 850.

¹⁵⁸ Anglia: PH 1841/30, 245; PH 1841/52, 439; Norvégia: PH 1841/75, 633; Stockholm: PH 1841/78, 658; Belgium: PH 1841/11, 85; USA: PH 1841/50, 420; Jamaica: PH 1841/18, 143; Baden: PH 1841/35, 289; Darmstadt: PH 1841/2, 13; Frankfurt: PH 1841/69, 584; Hessen: PH 1841/87, 733; Limburg: PH 1841/91, 765; Némethon: PH 1841/4, 30; Poroszország: PH 1841/16, 127; PH 1841/19, 153–154; PH 1841/31, 256; PH 1841/61, 514; PH 1841/69, 584; PH 1841/79, 666; PH 1841/97, 817–818; Reussi kishercegség: PH 1841/17, 135; Württemberg: PH 1841/91, 765; PH 1841/94, 793; PH 1841/97, 817; PH 1841/97, 818; PH 1841/99, 834; PH 1841/101, 850.

az időszak a partikuláris német büntetőjogi kodifikáció korszaka, Franciaországban egy korszerűsített Code pénal érvényesült, Angliában pedig átfogó kodifikációra egyáltalán nem kerülhetett sor.

A huszonhét bűnügyi tudósítás már lényegesen vegyesebb képet mutat, Angliából, német területről és Franciaországból származott a legtöbb ilyen jellegű hír.¹⁵⁹ A felhozott esetek lehettek az elkövető személye miatt érdekesek, mint a katonatisztek garázda cselekményei, a társasági élet ismert figuráinak tettei, vagy a sértett személye miatt foglalkoztak a történetekkel a lapok, ilyen egy püspök kirablása, a porosz kincstárból történt lopás, hóhér megölése. A beszámolók között található kirívóan kegyetlen, erőszakos bűncselekmények, mint az Egyesült Államokban elkövetett önbíráskodás, vagy csekély súlyú bűncselekményre kiszabott aránytalanul súlyos büntetések. A büntetőjogi tárgyú hírek között egy egész sor foglalkozott a francia királyi család ellen elkövetett merénylettekkel, a *Pesti Hírlap* folyamatosan nyomon követte az ügyekben folytatott eljárásokat.¹⁶⁰

Tizennyolc hírben utaltak valamilyen módon a halálbüntetésre, tizenegy alkalommal csak a végrehajtásról számoltak be,¹⁶¹ ezek többnyire lakonikus tényközlések voltak, de előfordult szerkesztőségi vélemény is. Egy német rablógyilkos kivégzéséről így adtak hírt: „Hatten porosz püspök gyilkosa (Kühnapfel) lábszárain kezdett keréktörés által végeztetett ki e' napokban! Szomorú, midőn a' gonosz tettek bírása bosszúállóként kénytelen a' törvények értelmében föllépni, de még szomorúbb, midőn a' kivégeztetést kegyetlenséggel kell párosítania.” Poroszországban „általános panasz 's rosszálás nyilatkozék itt egy illy borzasztó büntetésnek újra gyakorlatbavétele ellen. Nem lehet öszhangzásba hozni sem az újabb büntetőjog tisztább fogalmaival, sem az emberiség-gel” ezt a büntetési nemet. A német lapok elítélő véleményt közöltek az esetről, „mi nyilvános jele annak, hogy Európa népei a' kínos kivégeztetéseket mint vad századok hagyományait tovább nem tarthatják a' bűnösök javító eszközéül”.¹⁶² Három alkalommal a nyilvános kivégzés hatástalanságára hívták fel a figyelmet.¹⁶³ Angliában a halálbüntetéssel fenyegetett bűncselekmények szűkítése került a parlament elé, az erőszakos közöslés elkövetőit javasolták kiemelni a legsúlyosabb büntetést érdemlők közül.¹⁶⁴ Az Egyesült Államok két tagállamában is a halálbüntetés megszüntetését tárgyalta a törvényhozás, Indianában elfogadták, New Yorkban öt szavazattal elbukott a javaslat.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Anglia: PH 1841/1, 5; PH 1841/37, 307; PH 1841/40, 333; PH 1841/91, 765; PH 1841/99, 833; PH 1841/101, 850; PH 1841/102, 856; Poroszország: PH 1841/6, 45; PH 1841/102, 857; Frankfurt: PH 1841/2, 13; PH 1841/104, 874; Mainz (két hír): PH 1841/78, 658; Némethon: PH 1841/42, 351; Hannover: PH 1841/73, 616; Franciaország: PH 1841/7, 53; PH 1841/8, 62; PH 1841/67, 565; PH 1841/83, 701; PH 1841/94, 793; Írország (két hír): PH 1841/96, 810; Görögország: PH 1841/79, 666; PH 1841/97, 817; Algéria: PH 1841/71, 600; Belgium: PH 1841/42, 351; Olaszhon: PH 1841/67, 565; Portugália: PH 1841/102, 857; Törökország: PH 1841/45, 378; USA: PH 1841/79, 667.

¹⁶⁰ Darmés: PH 1841/40, 333; PH 1841/41, 341; PH 1841/45, 378; PH 1841/46, 385; PH 1841/56, 473; PH 1841/68, 573; Quenisset: PH 1841/76, 642; PH 1841/76, 643; PH 1841/77, 651; PH 1841/78, 658; PH 1841/78, 659; PH 1841/80, 676; PH 1841/86, 725; PH 1841/87, 733; PH 1841/91, 765; PH 1841/95, 802; PH 1841/96, 811; PH 1841/99, 834; PH 1841/100, 841; PH 1841/101, 850; PH 1841/103, 864–865; PH 1841/104, 874.

¹⁶¹ Anglia: PH 1841/96, 810; Franciaország: PH 1841/46, 385; Kína: PH 1841/74, 624; Olaszhon: PH 1841/67, 565; Perzsia: PH 1841/74, 625; Poroszország: PH 1841/59, 496; PH 1841/61, 513–514; Róma: PH 1841/62, 520; Spanyolország: PH 1841/58, 489; Svájc: PH 1841/58, 489; PH 1841/62, 520.

¹⁶² PH 1841/59, 496; PH 1841/61, 513–514.

¹⁶³ Róma: PH 1841/62, 520; PH 1841/67, 565; London: PH 1841/96, 810.

¹⁶⁴ PH 1841/30, 245; PH 1841/52, 433.

¹⁶⁵ PH 1841/50, 420; PH 1841/91, 765.

Két, érdekességnek számító hír is szerepelt a hóhérokkal összefüggésben. „Az irlandi választások alkalmával egy bakó a' tory-jelöltre illy szavakkal adá szavazatát: 'Ha ötven szavazatom volna is, mind a' toryké lenne, mert mióta whigeké a' kormány egyetlenegy munkám sem akadt.' „A' görög nép halálos ellenszenvet táplál a' bakók iránt. Nem régiben ismét áldozatul esett a' véres igazságkiszolgáltatás egy illy nyomorú eszköze, kit már régebben kettő előzőtt meg. A' szerencsétlen francia Aegina szigetén sétálni menvén, agyonlövetett.”¹⁶⁶

Testi büntetésekre tíz hírben található utalás, ebből három szólt lord Cardigan kegyetlen, hűsvétkor, egy templomban végrehajtott ítéletéről.¹⁶⁷ A közlemények elitélően szóltak ezekről a büntetési formákról, mint egy Amsterdamban végrehajtott ítéletről szóló megjegyzés is tanúsítja: „néhány gonosztevő, az emberiség szelidebb szellemének ellenére megbélyegeztetéssel és kikorbácsoltatással büntetették.” A többi ilyen tudósítást is hasonló hangnemben találták, a megszegyenítő büntetéseket is korszerűtlennek találták, a „sötétebb századok igazságkiszolgáltatásának” maradványát látták benne.¹⁶⁸ Ezen a tudósításon kívül még négy pellengérről szóló ítéletről számoltak be, kettőt Franciaországból közöltek, egyet-egyet pedig Belgiumból és Amsterdamból.¹⁶⁹ Egyetlen hírben számoltak be a testi büntetés eltörléséről, mégpedig Jamaicából.¹⁷⁰

A büntetőeljárás szintén tíz tudósításban szerepelt, többnyire a kodifikáció kapcsán, mint a Poroszországból és Würtembergből érkezett hírekben. Franciaországból arról adtak hírt, hogy minden a rendőrség kezébe kerülő gyanúsítottról dagerotypiát fognak készíteni.¹⁷¹ A külföldi börtönrendszerek működési tapasztalatiról és a bevezetési lehetőségekről a Külföldi naplóban kilenc alkalommal szerepelt tudósítás.¹⁷² Bünmegelőzés négy alkalommal tűnt fel,¹⁷³ három közleményben található adatok a büntetés-végrehajtásának körülményeiről, a rabmunkáról, kegyelem kihirdetéséről és a párbajról, mint bűncselekményről.¹⁷⁴ Kétszer látott napvilágot olyan külföldi hiranyag, amelyben a magzatelhajtás és a gyermekölés szerepelt, valamint a büntetés célját érintő közlemény.¹⁷⁵

¹⁶⁶ Anglia: PH 1841/65, 546; Görögország: PH 1841/79, 666.

¹⁶⁷ PH 1841/36, 296–297; PH 1841/37, 308; PH 1841/40, 332–333.

¹⁶⁸ Amsterdam: PH 1841/21, 171; Anglia: PH 1841/82, 693; PH 1841/100, 840; Belgium: PH 1841/19, 153; Oroszország: PH 1841/96, 810; Perzsia: PH 1841/74, 625. Angliából érkezett híre fakadt ki így a hírszerkesztő: PH 1841/8, 62.

¹⁶⁹ Amsterdam: PH 1841/21, 171; Belgium: PH 1841/19, 153; Franciaország: PH 1841/15, 118; PH 1841/94, 793.

¹⁷⁰ PH 1841/18, 143.

¹⁷¹ Franciaország: PH 1841/92, 777; Frankfurt: PH 1841/69, 584; Poroszország: PH 1841/79, 666; PH 1841/94, 793; PH 1841/97, 817–818; Stockholm: PH 1841/78, 658; Würtemberg: PH 1841/91, 765; PH 1841/97, 818; PH 1841/99, 834; PH 1841/101, 850.

¹⁷² Anglia: PH 1841/44, 369; PH 1841/84, 709; PH 1841/102, 857; Franciaország: PH 1841/100, 840; Frankfurt: PH 1841/69, 584; Norvégia: PH 1841/75, 633; Olaszhon: PH 1841/90, 757; Poroszország: PH 1841/88, 741; Stockholm: PH 1841/78, 658.

¹⁷³ Franciaország: PH 1841/99, 833; PH 1841/100, 840; Poroszország: PH 1841/97, 817–818; Szászország: PH 1841/54, 455.

¹⁷⁴ Büntetés-végrehajtási állapotok Angliában: PH 1841/82, 693; PH 1841/102, 857; és Portugáliából: PH 1841/102, 857. Rabok foglalkoztatása angol gyarmaton: PH 1841/102, 857; Franciaországban: PH 1841/100, 840; és Spanyolországban: PH 1841/94, 794. Közkegyelem kihirdetése Angliában: PH 1841/95, 801; Franciaországban: PH 1841/38, 317; és Würtembergben: PH 1841/80, 675. Párbaj feltűnése Belgiumban: PH 1841/11, 85; Nápolyban: PH 1841/54, 455; és Poroszországban: PH 1841/31, 256.

¹⁷⁵ Magzatelhajtás: PH 1841/7, 53; gyermekölés: PH 1841/99, 833. Büntetési célok Frankfurtból: PH 1841/69, 584; és Rómából: PH 1841/62, 520.

Büntető anyagi jog általános részébe tartozó kérdések négy, Franciaországból származó hírből merültek fel. A *nulla poena sine lege* elvére hivatkoztak egy politikai bűncselekmény kapcsán, enyhítő körülményről számoltak be egy ügyben, a részesség sajátos értelmezéséről adtak hírt, valamint a büntetett előélethez fűződő hátrányról értesülhetett az olvasó.¹⁷⁶ A különös részből három bűncselekmény szerepelt, az erőszakos közöszlész és a merénylet Angliából, a rágalmozás és becsületsértés elhatárolására pedig egy példa a francia ítélkezési gyakorlatból.¹⁷⁷ Szerepelt még a rovatban az angliai bűnelkövetők műveltségi állapotáról egy statisztikai elemzés és egy itáliai büntetőjogi konferencia részletes ismertetése.¹⁷⁸

2. 9. Értekező

A *Pesti Hírlap* tudományosabb hangvételű, fajsúlyosabb cikkei az *Értekező*-ben jelentek meg, ez tulajdonképpen a lap második rovata. Szoros összefüggést mutat a vezércikkkel, az éppen napirenden levő kérdésekhez nyújtott elméleti alapozást vagy gyakorlati példákat.¹⁷⁹ Ebben a rovatban tizennégy büntetőjoggal legalább érintőlegesen foglalkozó cikk jelent meg. Érdekes módon itt nem a kodifikáció a leg többször körüljárt probléma, hanem a testi büntetések, hét közleményben tértek ki erre a kérdésre. Négy értekezésben a szerző egyértelműen elítélte, mint a büntetési céloknak nem megfelelőt,¹⁸⁰ három esetben mint létező gyakorlatot említették.¹⁸¹ Zoltán János egyenesen a kodifikáció során megszüntetését javasolta: „megszünend bizonyosan a' becsületes-meggyilkoló veretés”.¹⁸²

A büntetőjogi kodifikációra utalás öt szerzőnél szerepelt, egyöntetűen üdvözlötték a bizottság összeülését, sőt Zoltán konkrét elképzeléseket is megfogalmazott a leendő büntető törvénykönyvvel szemben.¹⁸³

Négy tanulmányban tértek ki a büntetés céljaira, Puczolay és Zoltán János a bűnelkövető javítását tekintette a szankció céljának. Zoltán szerint ezen kívül a büntetésnek még „oda kellene működnie, hogy a' megbomlott rend helyre álljon”. Kenessey Kál-

¹⁷⁶ Nulla poena sine lege elve: PH 1841/95, 802; enyhítő körülmény: PH 1841/94, 793; részesség: PH 1841/101, 850; büntetett előélet: PH 1841/36, 297.

¹⁷⁷ Erőszakos közöszlész: PH 1841/30, 245; merénylet: PH 1841/94, 793; rágalmozás és becsületsértés: PH 1841/10, 76–77.

¹⁷⁸ Anglia: PH 1841/5, 36; Olaszhon: PH 1841/90, 757.

¹⁷⁹ KOSÁRY 1946: 198; DEZSÉNYI: 23–24; KOSÁRY 1979: 674.

¹⁸⁰ ERDÉLYHONI: *Hírlapszerkesztésről és iskolai fenyegetésekről*. PH 1841/17, 137. A szerzőt nem sikerült beazonosítani; A. – Z.: *Falusi bírák*. PH 1841/25, 207. A szerzőt nem sikerült beazonosítani; ZOLTÁN JÁNOS: *Büntetőjogügy*. PH 1841/45, 378–379. A szerzőt nem sikerült azonosítani; BODON ÁBRAHÁM: *Törvénykezési statistica Gömörből*. PH 1841/54, 455–456. A szerző (1810–1871) földbirtokos Gömör vármegyében, 1839-ben tette le az ügyvédi vizsgát, az országgyűlési ifjúság tagja volt az 1840. évi országgyűlésen. Számos cikket közölt a Pesti Hírlapban. Szinnyei I. 1150–1152. (a továbbiakban: BODON 1841a)

¹⁸¹ REMELLAY GUSZTÁV: *Szabad királyi Pest városa fenytő-bizottmánya*. PH 1841/60, 506–507. A szerző (1819–1866) ügyvéd, 1840-ben tette le az ügyvédi vizsgát, Pest város tiszteletbeli alügyészévé választották. Sokat tett a pesti dolgozók háza megermentéséért, az Athaeneumban is publikált erről a kérdéssel. Szinnyei XI. 754–761.; KOVÁCS LAJOS: *Adalék a' büntetőjogi eljárás ismertetéséhez*. PH 1841/85, 718–719. A szerzőt nem sikerült beazonosítani; BODON ÁBRAHÁM: *Gömör vármegyei rabok tízévi táblázata*. PH 1841/94, 795. (a továbbiakban: BODON 1841b)

¹⁸² ZOLTÁN: 379.

¹⁸³ A. – Z.: 207; KENESSEY: 208; ZOLTÁN: 379; REMELLAY: 506; BODON 1841b: 795.

mán és Bodon Ábrahám is a korbeli bírói és büntetés-végrehajtási gyakorlatban uralkodó felfogásként jellemezte az elrettentés eszméjét.¹⁸⁴

Az *Értekezésben* megjelent három törvényszéki és egy börtönügyi statisztika is. Zoltán János Szabolcs vármegye évnegyedes törvényszékén elítéltekről közölt adatokat, Remellay Gusztáv Pest második félévi büntetőbíráskodásáról készített táblázatos és szöveges ismertetést. Bodon Ábrahám először az 1840. évi jegyzőkönyv alapján állított össze Gömör vármegyéből egy törvénykezési statisztikát, majd november elején az előző adatsorral összehasonlítva, teljes terjedelmében tette közzé az országos börtönügyi választmány számára készített megyei rabstatisztikát.¹⁸⁵

A bűnmegelőzés kérdése két szempontból merült fel, egyrészt a gyermekölések megelőzése kapcsán, másrészt a börtönökben uralkodó állapotok miatt. Czilchert Róbert kétrészes tanulmányban foglalkozott az újszülöttek sérelmére az anya által elkövetett emberöléssel és javaslatokkal állt elő ezeknek a bűncselekményeknek a megelőzésére. Bertha Antal nem büntetőjogi szempontból vizsgálta a kérdést, de a „gyermekgyilkolások elhárítására” ő is javaslatot tett.¹⁸⁶ Kenessey Kálmán és Zoltán János a börtönökben a végrehajtási körülmények alapján azt állította, hogy a bűncselekmények mennyiségét és a bűnelkövetők számát is növelik.¹⁸⁷

A gyermekölés a közgondolkodásban súlyos problémaként jelent meg, hiszen ebben a rovatban is háromszor látott napvilágot ezzel foglalkozó cikk.¹⁸⁸ A külföldi büntetőjogi szakirodalomra három szerző utal értekezésében, Kenessey Benthamot és Beccariát említette, Czilchert hivatkozott de Gérando M. báró egy munkájára. Szemere Bertalan börtönrendszereket tárgyaló tanulmányához fűzött szerkesztői megjegyzésben szerepelt Livingston neve.¹⁸⁹ Három cikkben számoltak be a szerzők eljárási nehézségekről,¹⁹⁰ szintén három alkalommal kerültek terítékre a büntetőeljárás során elkövetett visszaélések.¹⁹¹ Külföldi büntetőjogi gyakorlatra hivatkozott Szemere mellett Czilchert is.¹⁹² A börtönrendszerek kérdéskörét boncolgatta Kenessey és Szemere,¹⁹³ a tényleges börtönviszonyok ismertetését Kenessey Kálmán vállalta magára március végén, majd Zoltán János egy június elején megjelent számban.¹⁹⁴ Az iskolai fegyelmezésről fejtette ki nézeteit a Puczolay és az Erdélyhoni álnév mögé rejtőző szerző, ennek során alapvető szankciótani kérdéseket is érintettek.¹⁹⁵ Bodon Ábrahám rendkívül elgondolkodtatónak tartotta azt a tényt, hogy a Gömör megyében elítéltek között nagyobb a nemesség aránya, mint a teljes lakosságban. Megvizsgálta egy év törvényszéki jegyzőkönyvét és

¹⁸⁴ PUCZOLAY: *Büntetési rendszerről iskoláinkban*. PH 1841/9, 70–71. A szerzőt nem sikerült beazonosítani; ZOLTÁN: 379; KENESSEY: 208; BODON 1841a: 456.

¹⁸⁵ ZOLTÁN: 378–379; REMELLAY: 506; BODON 1841a: 456; BODON 1841b: 795.

¹⁸⁶ CZILCHERT RÓBERT: *Gyermekegyilkolás 's lelenczházak*. PH 1841/39, 327. A szerzőt nem sikerült beazonosítani. (a továbbiakban: CZILCHERT 1841a); CZILCHERT RÓBERT: *Gyermekegyilkolás 's lelenczházak*. PH 1841/40, 335. (a továbbiakban: CZILCHERT 1841b); BERTHA ANTAL: *Nyílt levél*. PH 1841/80, 677. A szerzőt nem sikerült beazonosítani.

¹⁸⁷ ZOLTÁN: 379; KENESSEY: 208.

¹⁸⁸ CZILCHERT 1841a: 327; CZILCHERT 1841b: 335; BERTHA 677.

¹⁸⁹ KENESSEY: 208; CZILCHERT 1841b: 335; SZEMERE BERTALAN: *Figyelmeztetés a' javítórendszer ügyében*. PH 1841/54, 456–457. 457.

¹⁹⁰ ZOLTÁN: 379; REMELLAY: 506; KOVÁCS: 718–719.

¹⁹¹ A. – Z.: 207; KOVÁCS: 718–719; BAJKAY: 298.

¹⁹² CZILCHERT 1841b: 335; SZEMERE: 456.

¹⁹³ KENESSEY: 208; SZEMERE: 456–457.

¹⁹⁴ KENESSEY: 208; ZOLTÁN: 379.

¹⁹⁵ PUCZOLAY: 70–71; ERDÉLYHONI: 137.

tíz év börtönstatisztikáját, de alapvető eltérést nem fedezett fel, magyarázatot pedig nem tudott adni erre a jelenségre.¹⁹⁶

Zoltán János szerint a büntetőjog területén található reformeszmék nem idegenek a közvélemény számára, hiszen „ezek nem újdonságok, mert ezen eszmék szerte terjednek a' jobb jövődöt váró, 's eljöni segítő polgárok kebelin.”¹⁹⁷ A gyermekölések egyik okaként Czilchert Róbert az anya szülés utáni bódultságát jelölte meg.¹⁹⁸ A reformkori bírói gyakorlatban előforduló büntetések egész katalógusát adta Kovács Lajos, a halálbüntetés, a botozás, a börtön mellett felsorolta a szabadságvesztés súlyosításait is: a közmunkát, a vasat és a böjtöt. A sort tovább bővítette Remellay Gusztáv a városból való kitiltás említésével, valamint Bajkay Endre a katonának adás büntetőjogi szankcióként való alkalmazására történő utalásával.¹⁹⁹ Kovács Lajos részletesen beszámolt a megyéjében történt súlyos bűncselekményekről, a közbiztonságot veszélyeztető bandák garázdálkodásairól.²⁰⁰ A büntetőeljárás részletes ismertetését és a változtatási lehetőségeket foglalta magába Remellay cikke.²⁰¹

2. 10. Hirdetések

A lap utolsó oldalán található hirdetekben is előfordulnak büntetőjogi vonatkozások, ezek két nagy csoportra bonthatók. Elsősorban büntetőjogi szakirodalom reklámozására használták fel a ezt a rovatot, de két ügy kapcsán az elkövetők kézre kerítéséhez kértek ilyen módon segítséget. A legtöbbször a Budapesti Szemlére hívták fel a figyelmet,²⁰² ötször tették közhírré Balla Károly: *Vélemény a' büntetés mód javítása iránt* címet viselő kötetének megjelenését, érdekesség, hogy egyszer sajtóhibával, Barra Károly név alatt.²⁰³ Szintén öt számban jelent meg, hogy „Beccaria a' bűnökről és büntetésekről irt, Császár Ferencz által olasz-eredetiből magyarra fordított jeles munkájának néhány” példánya Heckenast Gusztáv pesti könyvárusnál még megszerezhető. Heckenast a négy évvel korábban megjelent kötetet kínálta eladásra, mivel a büntetőjogi kodifikáció során „alig hisszük, hogy Beccaria tanításait figyelem nélkül hagyhatnák” a választmány tagjai.²⁰⁴ Szalay László büntetőeljárásról szóló könyvét négyszer hirdették meg,²⁰⁵ a „törvénytannal és vizsgálatra (censura) készülő ifjúságra nézve kiváltképpen érdekes új” munkaként reklámoztak egy latin nyelvű jogi kézikönyvet.²⁰⁶ Fogarasi János: *Jogtani műszókönyv* címet viselő kötetének hirdetése két lapszámban jelent meg.²⁰⁷ Összesen huszonhárom büntetőjogi szakirodalomról szóló hirdetés látott napvilágot.

¹⁹⁶ BODON 1841a: 456; BODON 1841b: 795.

¹⁹⁷ ZOLTÁN: 379.

¹⁹⁸ CZILCHERT 1841b: 335.

¹⁹⁹ KOVÁCS: 718; REMELLAY: 507; BAJKAY: 298.

²⁰⁰ KOVÁCS: 718–719.

²⁰¹ REMELLAY: 506.

²⁰² PH 1841/1, 8; PH 1841/11, 88; PH 1841/12, 96; PH 1841/15, 121; PH 1841/20, 166; PH 1841/64, 540.

²⁰³ PH 1841/34, 284; PH 1841/41, 344; PH 1841/42, 353; PH 1841/43, 363; PH 1841/44, 372.

²⁰⁴ PH 1841/43, 363; PH 1841/46, 388; PH 1841/48, 405; PH 1841/51, 431; PH 1841/53, 450.

²⁰⁵ PH 1841/93, 788; PH 1841/97, 820; PH 1841/98, 827; PH 1841/100, 844.

²⁰⁶ PH 1841/67, 568; PH 1841/68, 576.

²⁰⁷ PH 1841/93, 788; PH 1841/94, 796.

Kovács Zigmund kasznár a rábizott pénzzel együtt szökött meg a Hont vármegyei Palástról, őt keresték a károsultak a három számban megjelent hirdetésükkel.²⁰⁸ A nagysurányi malomban 1841 októberében pusztított tűzvész körülményeiről a „trieszti kir. szabadalmas Riunione Adriatica di Sicurtá főügyviselősege” méltányos jutalom ellenében felvilágosítást kért, a gyújtogató nyomravezetőjének pedig ezer forintot ajánlott fel.²⁰⁹

3. A Pesti Hírlapban megjelenő általános részi kérdések

A *Pesti Hírlap* rovatainak részletes ismertetéséből már kitűnik, hogy a szerzők nagyon sok fontos a büntető anyagi jog általános részébe tartozó kérdést érintettek, annak ellenére, hogy nem tudományos folyóiratban jelentek meg a cikkek. A továbbiakban ezeknek a megállapításoknak az elemzése következik az anyagi jog mai rendszerét követve.²¹⁰

3. 1. Általános részi jogelvek

Jelenleg a bevezető tanok között szerepel a büntetőjog és a büntetőjog-tudomány rendszerének és feladatának az ismertetése, valamint a speciális büntetőjogi alapelvek tárgyalása.²¹¹ A *Pesti Hírlapban* megjelent cikkekben találunk utalást ezekre a kérdésekre. Kossuth Lajos egyik vezércikkében felvázolta a büntetőjog összetevőit: „a' bűnök és büntetések [...] az eljárás [...] a' bizonyítványi tan [...] fogházügy 's javító disciplina [...] (mert e' négy könyvből áll, nézetünk szerint, a' büntetőjog rendszere)”.²¹² Ez a megfogalmazás a tág értelmezése a jogágnak. Egy héttel később Kossuth a szabad védelem ismertetése kapcsán megállapította, hogy a vádlottnak joga van a védelemre, hiszen „a' büntetőjog főcéljával, a' bűnösök büntetésével megegyezik”.²¹³

A *Pesti Hírlap* szerzői ismerték a legalitás elvét, a latin formulát nem alkalmazták, de két ízben említést tettek róla. A P. L. monogram mögé rejtőzött hont megyei levelező a törvényszéki statisztika és a büntetés-végrehajtás taglalása során a csavargásért letartóztatottak mellett emelt szót: „senki ne fogassék be addig, míg a' tetten rajta nem kapatik”.²¹⁴ A szerző ezzel gyakorlatilag a *nullum crimen sine lege certa* jogelv²¹⁵ helyi viszonyokra alkalmazott változatát fogalmazta meg. A passzus nélküli utazás elvileg nem minősült bűncselekménynek, mégis a törvényhatóságok előszeretettel tartóztatták

²⁰⁸ PH 1841/77, 654; PH 1841/78, 662; PH 1841/79, 670.

²⁰⁹ PH 1841/87, 736; PH 1841/88, 744; PH 1841/90, 760.

²¹⁰ A rovatokban előforduló témák sokféleségéből következően nem lehetséges a teljes anyagi jog elemzése. Az 1840-es évek elején a bírói gyakorlatban legjobban megfigyelhető változás a szankciórendszer átalakulása, ezen belül a testi büntetések alkalmazásának lényeges csökkenése. Ebből kiindulva a büntetési rendszert érintő vizsgálódás számos újdonságot hozhat magával, ezen kívül számos más általános részi problémát is érintettek a szerzők, a továbbiakban csak ezek elemzésére kerül sor. A korabeli dogmatika kidolgozatlansága miatt a ma érvényesülő dogmatikai rendszer alapján történik a korabeli álláspontok ismertetése.

²¹¹ NAGY FERENC – TOKAJI GÉZA: *A magyar büntetőjog általános része*. Budapest, 1998. 15–36, 47–60.

²¹² *Adalék büntetőjogi eszmékhez*. PH 1841/53, 443.

²¹³ *Védelem mód.* PH 1841/55, 459.

²¹⁴ PH 1841/16, 126.

²¹⁵ NAGY FERENC: *A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről*. Magyar Jog 42 (1995) 257–270. 262–263; NAGY–TOKAJI: 50–51.

le az ilyen embereket, hátha kiderül róluk valami. A korabeli viszonyok között a törvényi szabályozás hiánya miatt valójában nehéz eldönteni, hogy mit tekintenek bűncselekménynek, de a csavargás önállóan nem tartozott ebbe a körbe. Sokkal egyértelműbb a helyzet egy franciaországi tudósításnál, hiszen kódex szabályozta a büntetőjogot. A *Külföldi naplóban* a *Journal des Débats*-ból idéztek: „A’ büntetéseknek úgy-mond – a’ törvény által el nem látott és meg nem engedett minden nehezítése nem igazság többé, hanem önkény és kegyetlenség.”²¹⁶ A hírből kiderül, hogy egyes politikai foglyokkal szemben törvényben nem szereplő büntetéseket is alkalmaztak. Ez a gyakorlat ellenkezik a *nulla poena sine lege scripta* formulával, amely eltiltja a büntetőjogi szankció szigorítását szokásjogi úton.²¹⁷ Ennek a speciális büntetőjogi jogelvnek a politikai sajtonban történő megjelenése nem meglepő, hiszen lényeges elemeit az 1843. évi büntetőjogi javaslat is megfogalmazta.²¹⁸

Büntetőkódex hiányában nem beszélhetünk a büntető törvény hatályáról, de a területi és személyi hatály megállapítására vonatkozó elvek közül a honossági elv²¹⁹ két megyei tudósításban is feltűnik. Komárom vármegye októberi évnegyedes közgyűlésének határozata így szólt: „A’ bécsi politia-igazgatóság hozzánk küldött megkeresése, mellynél fogva egy, általa fenytőperben elítelt keblünkbeli személynek megbüntetését kívánja, mivel külsországi hatóságok már most honosainkról semmi esetben sem ítélnének, nem foganatosíthatatik.”²²⁰ Vas megye is hasonló tartalmú határozatot hozott: „hogy illy esetekben külsországi hatóság által magyar polgár ellen hozott ítélet végrehajtassék, törvényeinkben nem gyökereztetik, ezen ítélet végrehajtásához a’ megye segédkezekkel nem járulhat.”²²¹ A magyar állampolgárok ellen külföldön lefolytatott eljárásokat nem ismerték el, az 1843. évi javaslat 5. §-a szerint a külföldön jogerős ítélettel lezárt eljárást is meg kell ismételni.²²² Szlemenics Pál véleménye szerint külföldön is a hazai törvények vonatkoznak a magyar polgárookra, Pauler Tivadar viszont már a külföldi ítéletet, és így az azt megalapozó büntető jogszabály hatályát is elismerte.²²³

A modern felfogástól eltérően a reformkori büntetőjog-tudomány a jogellenességet kizáró és a bűnösséget kizáró okokat egységesen beszámítást kizáró okként kezelte.²²⁴ Ezt mutatja az 1843. évi javaslat is, amelyben a VI. fejezet szabályozta a kérdést. A *Pesti Hírlap* hasábjain két ilyen ok fordult elő, az egyik az elmebetegség vagy betegség által okozott öntudatzavar. Ennek a pontos korabeli megfogalmazása a javaslat 73. § a)-c) pontjában található, a szakirodalomban is részletesen tárgyalták a kérdést.²²⁵ Bács megye levelezője arról tudósított, hogy a törvényszék elé állított négy gyilkos közül „a’ negyedik mint feleségét száz ütessel kinzó, ’s így gyermekelszülést okozó gyilkos, hasonlóan halálra vala ítéendő: de orvosi vizsgáldás tanusítása szerint tébo-

²¹⁶ PH 1841/95, 802.

²¹⁷ NAGY: 264; NAGY-TOKAJI: 52.

²¹⁸ NAGY: 260; BALOGH: 481–482.

²¹⁹ NAGY-TOKAJI: 77.

²²⁰ PH 1841/82, 691.

²²¹ PH 1841/102, 856.

²²² FAYER: 1896/2. 15.

²²³ SZLEMENICS PÁL: *Magyar fenytő törvény*. Pest, 1865. (a továbbiakban: SZLEMENICS) 6–7; PAULER TIVADAR: *Büntetőjogtan*. Pest, 1869. (a továbbiakban: PAULER) 73–74.

²²⁴ BOTH ÖDÖN: *A beszámítást kizáró és a büntetést megszüntető okok Szeged város reformkori büntetőjogában (1790–1848)*. Acta Jur. et Pol. Szeged. Tom. X. Fasc. 7. 1963. 3.

²²⁵ SZLEMENICS: 54, 107, 111; PAULER: 69, 235; FAYER 1896/2.: 27; FAYER 1896/1.: 169; BALOGH: 481.

lyodottsága kinyilvánulván, mint ilyen örökös őrizet alá tétetett.”²²⁶ Vas megyében „egy gyujtással fenyegető, elme- és szava hiánya miatt nem hallgattatható ki”.²²⁷ Párizsban a beszámítást enyhítő oknak tekintették azt, „hogy az asszony gyakran a legiszonyatosb nehéz nyavalyában szenved, mely esztől is megfosztja”.²²⁸ A szülést követő beszámítást befolyásoló állapotra hívta fel a figyelmet a gyermekölés kapcsán Czilchert Róbert az *Értekezőben*: „S e’ felett bizonyos, hogy a’ tett maga nem egyéb, mint valódi bódultság az anya részéről, megfeythető az eszmék zavarodása, a’ megrettenés ’s a’ sokoldalú indulatok által a’ szülés első pillanatában.”²²⁹ A szerző nem tért ki ennek a megállapításának a büntetőjogi következményeire, elsősorban megelőzési kérdésekkel foglalkozott. Hont vármegye levelezője szerint a börtön helyett inkább kórházban kellene elhelyezni a rabok között nyilvántartott „egy ártatlan tébolyodottat” és „egy szerencsétlen siketnémát”.²³⁰ A hírből nem derül ki pontosan, hogy miért került a két beszámíthatatlan a megyei börtönbe, elképzelhető, hogy máshol nem tudták megoldani a biztonságos őrzésüket.

A vétőképeség problémája az életkor szempontjából is felmerült a *Pesti Hírlapban*, a Fejér megyei levelező beszámolt arról, hogy M. L. ellen folytatott szabálytalan vizsgálat megszüntetése mellett állók egyik érve így hangzott: „akkor még gyermek” volt az elkövető.²³¹ A tudósításból nem derül ki, hogy pontosan mennyi idő lehetett, amikor a gyűrűt ellopta, de feltételezhető, hogy tizenkét év alatti. A korabeli gyakorlat a tizenkettedik életévét be nem töltött elkövetőket vétőképtelennek tekintette, az 1843. évi javaslat is ezt fogadta el, Szlemenics viszont nem határozott meg pontos életkort.²³²

Az 1843. évi javaslat VIII. fejezetében szabályozott elévülés²³³ nem volt egyértelmű a kortársak számára, hiszen a javaslat vitájában báró Sztojka Imre Máramaros megye követe kijelentette: „a bűn, mely egyszer megtéetett, mindaddig, valameddig az meg nem bosszultatik, el nem enyészik; azért erre nézve az elévülést igazságtalannak látom”.²³⁴ Szlemenics Pál a kegyelmi enyhítési okok közé sorolta azt, amikor a cselekmény után hosszabb idő telt el és az elkövető becsületes életet folytatott, de országosan kialakult szokás az „elidősítésnek” a büntetőjogi alkalmazására nem bizonyítható. Pauler a büntetőjogi elévülést elfogadta és beszámolt a körülötte kialakult vitáról.²³⁵ Kossuth lapjában is felmerült ez a probléma egy szabálytalan nyomozás kapcsán. Székesfehérvárról a tudósító beszámolt egy megyegyűlési vitáról, amely M. L. gyermekkorában állítólag elkövetett lopása miatt a politikai ellenfelek által kezdeményezett kihallgatásokról alakult ki. A többség a vizsgálat megszüntetését javasolta „részint magasabb socialis szempontból indulva ki: hogy az olly gyermekkori vétségek, millyenek M. L. ellen felhozattak, habár bebizonyítva lennének is, féfiukorban büntetés

²²⁶ PH 1841/58, 487.

²²⁷ PH 1841/86, 723.

²²⁸ PH 1841/94, 793.

²²⁹ Czilchert 1841b 335.

²³⁰ PH 1841/103, 863.

²³¹ PH 1841/60, 503.

²³² SZLEMENICS: 54, 108; PAULER: 232; BOTH: 17; FAYER 1896/2.: 29; FAYER 1896/1.: 169; BALOGH: 482.

²³³ FAYER 1896/2.: 34–35.

²³⁴ FAYER 1900.: 201.

²³⁵ SZLEMENICS: 112, 118–119; PAULER: 312–314.

alá nem vonathatnak; mert így a' tévedt gyermeknek legnemesb ösztöne: férfiúi erényekkel feledség fátyolát vonni hibáira, meggyilkoltatnék".²³⁶

Hazai kegyelmezési gyakorlatról, talán éppen a téma vitatottsága²³⁷ miatt, nem számoltak be, de a *Külföldi naplóban* három ilyen hír található. Angliában a trónörökös születése adott alkalmat a politikai elitéltek szabadon engedésére, Würtembergben ismeretlen az oka a politikai foglyoknak adott amnesztiára. Franciaországban a király névnapján és unokája keresztelezésének napján kegyelmezett meg az uralkodó 187 polgári és 250 katonai elitéltnak.²³⁸

Az 1843. évi javaslat a büntetendő cselekmények súly szerinti felosztásánál a bichotom rendszert követte, de magában a javaslatban csak a büntetteket szabályozta, a kihágásokra külön javaslat készült. Elfogadták Szalay László indítványát, amelyet a *Codificatio* című művében részletesen meg is indokolt.²³⁹ Szlemenics Pál tankönyvében nem szerepel a bűncselekmények súly szerinti felosztása, de Pauler Tivadar már mint bevett gyakorlatot említette a büntetendő cselekmények büntetésekre és vétségekre osztását.²⁴⁰ Kossuth a testi büntetések ellen írt vezércikkében a súly szerinti felosztásra példaként hozta a francia kódexet, a korábbi és az újabb osztrák törvénykönyvet és a bajor megoldást. Badenben „a' vétségek helyett a' büntetések osztályoztattak (peinliche Strafen, bürgerliche Strafen) [...] ha meggondoljuk, minő nehéz volna a' törvényszegéseket belső jellemök szerint szétszétválogatni, ez utóbbi mód talán még biztosabban célhoz vezet”.²⁴¹ A *Pesti Hírlap* szerkesztője ez alapján a súly szerinti felosztást nem tartotta megoldhatónak.

Az elkövetőkkel csak egyetlen közleményben foglalkoztak, beszámoltak arról, hogy a francia herceg elleni merénylet támogatásával vádolták Dupoty szerkesztőt, ennek kapcsán idézték a francia lapokban megjelent tiltakozásokat. „Lehet e törvény szerint két különböző neme a' bűnrészességnak? van e közép valami a' bűnrészes és nem bűnrészes közt? mit jelentenek e szavak: nem egyenes (indirect) bűnrészes? mutassanak erre cikket a' törvénykönyvben.”²⁴² A korabeli szóhasználat és az esetleges fordítási pontatlanság miatt nem állapítható meg, hogy mit takar a kifogásolt kifejezés. A szerkesztő csak egy levelet kapott a merénylet kitervelőitől, mást nem tudtak a nyomozás során bizonyítani.

3. 2. A büntetési célok megfogalmazása

A hirdetési rovatot kivéve mindenhol érintették a szankciótani kérdéseket tárgyaló cikkekben a büntetés célját, az Akadémia büntetéstani pályázatát is ilyen címmel hirdették meg.²⁴³ Harmincöt közleményben említették meg a büntetőjogi szankció célját, a legtöbb ilyen jellegű megállapítás a *Megyei dolgok* hasábjain látott napvilágot.

²³⁶ PH 1841/60, 503.

²³⁷ Az 1843–44. évi országgyűlésen az egyik legnagyobb politikai vita a kegyelmezés körül alakult ki, a liberálisok szerették volna korlátozni az uralkodó ilyen jellegű jogait. FAYER 1900.: 63–66, 201–236.

²³⁸ Anglia: PH 1841/95, 801; Franciaország: PH 1841/38, 317; Würtemberg: PH 1841/80, 675.

²³⁹ SZALAY LÁSZLÓ: *Codificatio*. In: Publicistai dolgozatok I. Pest, 1847, 19–90. 65–66; FAYER 1896/1.: 150–151; BALOGH: 482.

²⁴⁰ PAULER: 64–65.

²⁴¹ *Bot for ever*. PH 1841/39, 321.

²⁴² PH 1841/101, 850.

²⁴³ PH 1841/19, 150.

Az abszolút elméletek²⁴⁴ feltűnése öt cikkben figyelhető meg, a balatonfüredi levelező a büntetés céljának a közrend fenntartását jelölte meg, ezzel ellentétben a többi szerző egyértelműen elvetette a puszta megtorlást. A halálbüntetést megtorlásként fogta fel az ismeretlen szerző, aki a július 24-én megjelent számban elítélte a kerékbetörést: „Szomorú, midőn a' gonosz tettek bírása bosszúállóként kénytelen a' törvények értelmében föllépni, de még szomorúbb, midőn a' kivégeztetést kegyetlenséggel kell párosítania.” Kossuth a testi büntetéseket tárgyaló vezércikkében a botbüntetést is bosszúnak tekintette, hiszen nem alkalmas sem javításra, sem példaadásra. Borsod megye tudósítója a korabeli bűnügyi nyilvántartó, a „fekete könyv” eltörlését javasolta „mint a' javító rendszerbe ütköző sötét maradványát a' bosszuló rendszernek”. Bars vármegye levelezője is a bosszú felcserélését javasolta a javítás eszméjével.²⁴⁵

A *Pesti Hírlap*ban megfogalmazott büntetési célok döntő többsége a relatív elméletek²⁴⁶ közé tartozik. A túl kemény büntetés hatástalanságára hívta fel a figyelmet Kossuth a gyermekgyilkolás kapcsán, így tett említést a büntetés egyik céljáról, a megelőzésről. A megelőzés elemeit a március végén megjelent testi büntetésekkel foglalkozó vezércikkében sorolta fel, miközben a botozás célszerűtlenségét elemezte: „ugy javításra, mint oktatásra, ugy rettentésre mint példaadásra egyaránt alkalmatlan”. Bártfáról, a Hajdúkerületből, Vas megyéből és Zilahról jelent meg olyan közlemény, amelyben a speciális és a generális prevenció egyaránt szerepelt a büntetési célok között. Az elkövető javítását és a többi ember elriasztását a bűncselekményektől tekintette a büntetés céljának a Hajdúkerület levelezője, egy Zilahról érkezett tudósítás szerzője, Borsod megye levelezője és a bártfai tudósító. A botbüntetés alkalmazásának célját az „universal remedy” kifejezésben foglalta össze a Vas megyei tudósító.²⁴⁷

Huszonegy közleményben az elkövető újabb jogsértéseinek megelőzését, a speciális prevenciót tartották a büntetés céljának, három esetben a szerző egyértelműen elvetette az elriasztást, három tudósító pedig a bosszút tartotta elavultnak.²⁴⁸ Két szerző az elrettentést a korszerűtlen büntetési célok közé sorolta, de nem határozta meg, hogy mit állítana helyébe.²⁴⁹ Kenessey Károly az elrettentést mint létező gyakorlatot említette meg, de nem tartotta kívánatosnak.²⁵⁰ Kossuth szerint „a' büntetésnek elrettenteni, példát adni akaró oldala” már csak a törököknél és az oroszoknál van meg.²⁵¹ Bodon Ábrahám a generális prevenció irányzatának fő elvét említette a *Pesti Hírlap*ban, a

²⁴⁴ NAGY – TOKAJI: 267.

²⁴⁵ *Bot for ever*. PH 1841/39, 321; Balatonfüred: PH 1841/85, 716; Bars: PH 1841/45, 376; Borsod: PH 1841/23, 185; Poroszország: PH 1841/59, 496.

²⁴⁶ NAGY – TOKAJI: 269–273.

²⁴⁷ *Bot for ever*. PH 1841/39, 321; *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 209–210; *Gyermekgyilkolás*. PH 1841/10, 73; Bártfa: PH 1841/88, 740; Borsod: PH 1841/33, 269; Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Vas: PH 1841/61, 511; Zilah: PH 1841/65, 546.

²⁴⁸ Javítás és elveti a bosszút: Bars: PH 1841/45, 376; Borsod: PH 1841/32, 185; Poroszország: PH 1841/59, 496. Javítás: a Fővárosi újdonságokban: PH 1841/3, 19; Puczolay 70–71; Bars: PH 1841/79, 666; Bács: PH 1841/58, 487; Fejér: PH 1841/60, 503; Komárom: PH 1841/13, 100; PH 1841/80, 674; Nyitra: PH 1841/59, 494; Pécs: PH 1841/14, 108; Somogy: PH 1841/42, 349; Szabadka: PH 1841/64, 536; Torontál: PH 1841/37, 306; Vas: PH 1841/102, 856; Veszprém: PH 1841/65, 544. Az elijesztés elvetése, csak javítás: Nyitra: PH 1841/89, 746; Borsod: PH 1841/33, 269; Frankfurt: PH 1841/69, 584.

²⁴⁹ Heves: PH 1841/55, 461; Róma: PH 1841/62, 520.

²⁵⁰ KENESSEY: 208.

²⁵¹ *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 209.

büntetés alkalmazásának a céljai között szerinte a példaadás is szerepel, de a szankció csak akkor hatékony, ha az elítélre is valamilyen hatást gyakorol.²⁵²

A lapban az egyesítő irányzatnak²⁵³ két képviselője volt. Zoltán János a javítás mellett egy hasonlattal világított rá a másik célra: „Fenyítéknek azon szerepet kellene vinnie erkölcsi világban, mint gyógyszernek a’ testiben visznek, t. i. oda kellene működni, hogy a’ megbomlott rend helyre álljon, ’s a’ kór még csirájában nyomassék el.”²⁵⁴ Bihar megye levelezője a korszerűtlen börtönrendszer helyett „a’ rabok erkölcsi javulását és a’ közbátorság biztosítását inkább eszközölő móddal fölcserélésére” tett alispáni javaslatot ismertette.²⁵⁵

A fentiek alapján úgy tűnik, hogy a Pesti Hírlapban egyoldalúan a speciális prevenciót tekintették a büntetés céljának, de ezt nem lehet határozottan állítani. A korabeli szakirodalomban ez eddigi kutatások alapján a közvetítő irányzat volt az uralkodó,²⁵⁶ mivel a fogalomrendszer még nem volt kellően kidolgozott, így elképzelhető, hogy a jelszóként használt javítás a mai jelentésétől eltért. Más oldalról a liberálisok emberbaráti jelszavakkal próbáltak nagyobb tábort kialakítani,²⁵⁷ esetleg az elkövető javításának a túlhangsúlyozása is ennek része volt.

3. 3. Halálbüntetés

Az 1843. évi anyagi jogi javaslat egyik legnagyobb újdonsága a büntetési rendszer gyökeres átalakítása volt. A javaslat készítői hosszas viták után a halálbüntetést kihagyták a büntetések nevei közül.²⁵⁸ A halálbüntetés körüli vita a tudományos irodalomban már az 1830-as évek elején elkezdődött,²⁵⁹ de a jelek szerint a politikai sajtóban 1841-ben nem kapott akkora hangúlyt, mint a későbbi kodifikációs vitákban. A szankciórendszeren belül lényegesen kevesebbet foglalkoztak ezzel a kérdéssel, mint a testi büntetésekkel, és egészen mások voltak a hangsúlyok. Általában az egyes témáknál a megyei tudósítók szolgáltatták a híryanag nagyobb részét, a halálbüntetésnél viszont a Külföldi naplóban szerepelt a legtöbb információ.

A *Pesti Hírlap* első évfolyamában nem lehet megfigyelni azt az egyértelmű halálbüntetés-ellenességet, amely Dombóváry Géza álláspontja szerint a lapot jellemezte.²⁶⁰ Csak a nyilvános végrehajtást ítélték el, de ezt is külföldi példák alapján.²⁶¹ Ezen kívül a minősített halálbüntetés ellen emelte fel szavát a szerkesztő, egy poroszországi ke rékbtörés kapcsán, a Heves megyéből kapott lófarokhoz kötésről szóló hír viszont

²⁵² BODON 1841a: 456.

²⁵³ NAGY-TOKAJI: 273.

²⁵⁴ ZOLTÁN: 379.

²⁵⁵ PH 1841/104, 871.

²⁵⁶ HORVÁT TIBOR: *A büntetési elméletek fejlődésének vázlata*. Budapest, 1981. 195.

²⁵⁷ MEZEY BARNA: *Büntetőhatalom és magyar liberalizmus*. In: Hatalommegosztás és jogállamiság. Szerk.: Mezey Barna. Budapest, 1998, 27–35. 31–32.

²⁵⁸ FAYER 1896/2.: 15; FAYER 1896/1.: 102–103, 151–152; FAYER 1900.: 24–59, 157–183; VARGA 1980a: 37–39, 77; BALOGH: 482.

²⁵⁹ Az első ilyen munka SCHEDEL FERENC (TOLDY FERENC): *Magazin für die philosophische, medizinische gerichtliche Seelenkunde* Hrsg. Dr. J. B. Friedrich ... Erstes Heft, 150. lap. 223 lap. Würzburg, 1829. 8. R. Tudományos Gyűjtemény 14 (1830/2) 102–109; Fenyő István: *A centralisták. Egy liberális csoport a reformkori Magyarországon*. h. n. é. n. (1997) 113.

²⁶⁰ DOMBOVÁRY GÉZA: *Fenyítő eljárás és büntetési rendszer Pest megyében a XIX. század első felében*. Budapest, 1906. 383.

²⁶¹ London: PH 1841/96, 810; Róma: PH 1841/62, 520; PH 1841/67, 565.

valótlan lehetett, mert nem fordult elő többet.²⁶² A szeptember 15-én megjelent számban mint érdekességet említettek két minősített halálbüntetést.²⁶³ Eltörlésének három kísérletéről számoltak be, de nem értékelték az eseményeket, Angliában hosszas küzdelem zajlott a halállal büntetendő cselekmények körének szűkítése körül, ennek egyik lépése volt az erőszakos közösülés büntetési tételéről folytatott vita.²⁶⁴ Az Egyesült Államok két tagállamában is komoly előrelépést tettek az abolíció irányába, hiszen Indiana államban elfogadták a megszüntetését, New Yorkban pedig csak öt szavazattal buktak meg a javaslat.²⁶⁵

Azonban közvetett utalást megfigyelhetünk, hogy nem mindenki támogatta feltétlenül a legsúlyosabb büntetés alkalmazását, hiszen Hatten püspök gyilkosának kivégzéséről szóló beszámoló „szomorú” dolognak tartotta a halálbüntetés alkalmazását.²⁶⁶ Kovács Lajosnak az *Értekezőben* megjelent cikke tartalmaz még ilyen jellegű megjegyzéseket. Egy perben „a” bűn rablógyilkosság, oly borzasztó kegyetlenséggel kísérve, melly miatt kénytelen a bíró tétova nélkül az irtózatot „halál” szót (mitől isten még eddig megmentett) kimondani.” A törvényszékek ítélezési gyakorlatáról szóló megalapítása így szólt: „Nem itélünk mi még, osztogatjuk a” börtön kínait, pálczákat, vasat, egyest, böjtöt, közmunkát, ’s egy nap négy halált is.”²⁶⁷

Három hírből számoltak be arról a gyakorlatról, hogy a büntetési katalógusban elvileg meglévő halálbüntetést a gyakorlatban nem alkalmazzák, vagy a kiszabott büntetés nem kerül végrehajtásra. Írországból egy hóhér panaszkodott munkátlanlására, Vas megyében a tudósító szerint 1834 óta csak egy kivégzés történt, Turócból pedig a megyei tisztviselők emlékezete szerint 70 éve volt az utolsó végrehajtás.²⁶⁸

Két vármegyéből tudósítottak kiszabott, de még fellebbezéstől függő halálos ítéletről a törvényszéki statisztika közlése során. Az egyik Vas megyei hírből arról is értesülhetünk, hogy halálbüntetést gyilkosok, rablók és gyújtogatók esetében alkalmazott a sedria.²⁶⁹ Tíz végrehajtott halálbüntetésről tizenkét hírből számoltak be, ezek közül csak egy híradás volt hazai. Monokon és Londonban az elítéltet felakasztották, főbe lőtték Svájcban és Spanyolországban, bárdot használtak Rómában és Kínában, Franciaországban nyaktilót, Poroszországban kerékbe törték az elkövetőt, Perzsiában a botozás után a végrehajtást rábízták a tömegre, az egyik római hírből pedig nem derül ki a módszer.²⁷⁰ Hóhérokról két közleményben volt információ, két tudósításban csak utaltak erre a büntetési nemre.²⁷¹

²⁶² Heves: PH 1841/5, 34; Poroszország: PH 1841/59, 496; PH 1841/61, 513–514.

²⁶³ Kína: PH 1841/74, 624; Perzsia: PH 1841/74, 625.

²⁶⁴ PH 1841/30, 245; PH 1841/52, 439.

²⁶⁵ Indiana: PH 1841/50, 420; New York: PH 1841/91, 765.

²⁶⁶ PH 1841/59, 496.

²⁶⁷ KOVÁCS: 718–719; SÍK 1978.: 220.

²⁶⁸ Írország: PH 1841/65, 546; Turóc: PH 1841/88, 738; Vas: 1841/61, 511.

²⁶⁹ Bács: PH 1841/27, 220; PH 1841/58, 487; Vas: PH 1841/61, 511; PH 1841/86, 722.

²⁷⁰ Franciaország: PH 1841/46, 385; Kína: PH 1841/74, 624; London: PH 1841/96, 810; Monok: PH 1841/75, 636; Perzsia: PH 1841/74, 625; Poroszország: PH 1841/59, 496; PH 1841/61, 513–514; Róma: PH 1841/62, 520; PH 1841/67, 565; Spanyolország: PH 1841/58, 489; Svájc: PH 1841/58, 489; PH 1841/62, 520.

²⁷¹ Hóhér: Görögország: PH 1841/79, 666; Írország: PH 1841/65, 546. Utalás: Angolhon: PH 1841/39, 326; PH 1841/55, 461.

3. 4. Testi büntetések

A középkori büntetési rendszer átalakításának szerves része testi büntetések megszüntetése, az 1843. évi javaslat kiiktatta a büntetési katalógusból ezt a büntetési nemet.²⁷² A kodifikációs bizottság elvi kérdéseket tárgyaló ülésén egyhangúlag elfogadták a botbüntetés kihagyását a büntetések közül, ennek ellenére az országgyűlési vita során felmerült a testi büntetések alkalmazásának szükségessége.²⁷³ Az 1843–44. évi országgyűlésen megjelenő megyei álláspontok egy hosszú és alapos előkészítő munka után készültek el, hiszen Vas megye körlevele után a követutasítások kidolgozásával megbízott választmányok közel folyamatosan működtek.²⁷⁴ A vármegyei nemesség legtöbb büntetőjogot érintő reformelképzelése a testi büntetésekkel kapcsolatos, különösen a végrehajtás módjával foglalkoztak. A *Pesti Hírlap* széles körben teret engedett a testi büntetések körüli vitának, egyértelműen elítélve a büntetésként alkalmazott verést. Minden rovatban érintették a kérdést, összesen hatvankét közleményben esett szó a botozásról, ebből a legtöbb, huszonöt a *Megyei dolgok* hasábjain látott napvilágot. A botbüntetés alkalmazását huszonegy közleményben ítélték el.²⁷⁵ Megszüntetésének legfontosabb okát a büntetési célokkal való ellentétességében, a célszerűtlenségében jelölték meg, tizenkilenc közleményben szerepelt ez a vélemény.²⁷⁶ A Hajdúkerületben és Veszprém megyében csak a nyílt végrehajtást tekintették célszerűtlennek, ettől eltekintve fenntarthatónak vélték a botbüntetést. Több szerző embertelennek minősítette a verést, mint büntetést, hiszen minden becsületérzést kiöl az elkövetőből, még inkább elvadítja, másrészt kegyetlen a végrehajtás és sokszor súlyos következményei vannak.²⁷⁷ Három közleményben szerepelt az a megállapítás, hogy a testi büntetések ellenkeznek a modern büntetőjogi eszmékkel.²⁷⁸ Két cikkben a büntetési nem jogszerűségét is megkérdőjelezték, Komárom megye levelezője szerint, mivel a testi büntetések alkalmazásának lehetőségét csak ritkán írja elő törvény, ezért szokásjogi úton meg lehet szüntetni. Kossuth Lajos ennél tovább ment, és egyenesen jogtalannak nevezte a botbüntetést,

²⁷² FAYER 1896/2.: 15; BALOGH: 482.

²⁷³ FAYER 1896/1.: 103; FAYER 1900.: 24–59, 157–183.

²⁷⁴ VARGA JÁNOS: *Megye és haladás a reformkor derekán (1840–1843) I.* In: Somogy megye múltjából. Levéltári évkönyv 11. Kaposvár, 1980, 177–243. (a továbbiakban: Varga 1980b) 186, 192, 206.

²⁷⁵ *Bot, vessző, korbács.* PH 1841/26, 209–210; *Ismét egy ütleghvirtuóz 's az ő kényura.* PH 1841/35, 285–286; *Bot for ever.* PH 1841/39, 321–322; Erdélyhoni 137; Bodon 1841a 456; Amsterdam: PH 1841/21, 171; Angolhon: PH 1841/36, 296–297; PH 1841/37, 308; PH 1841/40, 332–333; PH 1841/100, 840; Arad: PH 1841/61, 511; Baranya: PH 1841/31, 255; Belgium: PH 1841/19, 153; Bereg: PH 1841/104, 870; Eperjes: PH 1841/50, 419; Máramaros: PH 1841/30, 243; Oroszország: PH 1841/96, 810; Szabadka: PH 1841/64, 536; Szeged: PH 1841/86, 724; Temes: PH 1841/31, 253; Vas: PH 1841/61, 511.

²⁷⁶ *Bot, vessző, korbács.* PH 1841/26, 209–210; *Ismét egy ütleghvirtuóz 's az ő kényura.* PH 1841/35, 285–286; *Bot for ever.* PH 1841/39, 321–322; Erdélyhoni 137; Bodon 1841a 456; Zoltán 379; Baranya: PH 1841/14, 108; PH 1841/31, 255; Bátfá: PH 1841/88, 740; Eperjes: PH 1841/50, 419; Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Komárom: PH 1841/80, 674; Nyitra: PH 1841/89, 746; Somogy: PH 1841/42, 349; Szabadka: PH 1841/64, 536; Szabolcs: PH 1841/78, 656; Szeged: PH 1841/86, 724; Vas: PH 1841/61, 511; Veszprém: PH 1841/65, 544.

²⁷⁷ *Bot, vessző, korbács.* PH 1841/26, 209–210; *Ismét egy ütleghvirtuóz 's az ő kényura.* PH 1841/35, 285–286; *Bot for ever.* PH 1841/39, 321–322; A. – Z. 207; Amsterdam: PH 1841/21, 171; Angolhon: PH 1841/37, 308; Arad: PH 1841/61, 511; Bács: PH 1841/58, 487; Borsod: PH 1841/45, 376; Eperjes: PH 1841/50, 419; Hont: PH 1841/103, 863; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400; Szeged: PH 1841/86, 724; Vas: PH 1841/61, 511.

²⁷⁸ *Ismét egy ütleghvirtuóz 's az ő kényura.* PH 1841/35, 285; Arad: PH 1841/61, 511; Hont: PH 1841/52, 435.

megemlítve azt, hogy „törvényszerű szokássá vált”. A szerkesztő ezen megjegyzése nem világos, hiszen a korabeli jogfelfogás szerint botozást megtiltó törvény hiányában, szokásra való hivatkozással alkalmazható.²⁷⁹

A testi büntetések teljes eltörlésének javaslata tizenkét közleményben jelent meg, a legelősebben Kossuth követelte a megszüntetését: „Ha tehát a' büntetésnek e' neme jogtalan, durva, kegyetlen, kiszámíthatatlan; ha úgy javításra, mint oktatásra, úgy rettentésre mint példaadásra egyaránt alkalmatlan: miért nem töröljük el?” Mondani-valója alátámasztásaként az „ujabb törvényhozások” áttekintését adta a testi büntetésekkel kapcsolatban.²⁸⁰ Tényleges megszüntetésről csak két cikkben történt említés, ezek megfelelő alapot nyújtottak a későbbi hivatkozásra.²⁸¹ A fenntartását pártolók legfőbb érve az volt, hogy a bűncselekmények számának azonnali növekedése követné a botbüntetés megszüntetését, az eltörlés mellett állók viszont a kevésbé kegyetlen büntetések nevelő hatására hivatkoztak. Ennek alátámasztására öt alkalommal említették az eltörlés pozitív hatásait, sőt a bártfai levelező szerint a ritkább alkalmazás is a bűncselekmények csökkenését eredményezte.²⁸²

A fentiek alapján 1841-ben még nem volt olyan a helyzet, hogy a testi büntetések teljesen megszűnjének, ezért valószínűleg taktikai okokból a zárt helyen történő végrehajtás terjesztését is magára vállalta a szerzőgárda. Kossuth Lajos mindig a megszüntetés mellett foglalt állást, de a megyei tudósítók többsége csak a ritkább alkalmazást és a nem nyilvános végrehajtást szorgalmazta. Hont vármegyéből és Gömör megyéből számoltak be a nyílt végrehajtás pártolójának véleményéről. Hont levelezője a nyilvánosság kizárását elvető közgyűlésről beszámolva június 20-án ezt írta: „Oka indítvány megbuktának egy részről az: hogy törvényszékeinken rendszeresen megjelenni szokott táblabíráink többségének ideája sem lévén az újabb büntetőjogi eszmékről, – az határozottan a' záchi idők eszméihez ragaszkodik.”²⁸³ Varga János megállapítása szerint a negyvenes évek elején csak kilenc vármegyében javasolták a zárt végrehajtást, de „1841–1844 között csupán Nyitra, Bereg és Ung helyezte át e büntetés végrehajtását”, a többi megmaradt a régi gyakorlat mellett, például Hont vármegye.²⁸⁴ A *Pesti Hírlap* első évfolyamát vizsgálva ettől eltérő kép bontakozik ki. Csak két vármegyéből érkezett tudósítás a nyilvánosság kizárását célzó javaslat elvetéséről, de Hont vármegye törvényszéke egy félév múlva megváltoztatta korábbi álláspontját.²⁸⁵ Veszprém megyében és Beregben a testi büntetés végrehajtásának a helyét az ítélet határozta meg, nem ragaszkodtak a piactéren történő botozáshoz.²⁸⁶ A botbüntetés helyét félig zárt helyre, a piactérről a megyeház udvarára tették át három törvényszék területén.²⁸⁷ Kossuth egyik vezércikkében említette a porosz és az osztrák gyakorlatot, amely szerint egészen kivé-

²⁷⁹ *Bot for ever*. PH 1841/39, 321; Komárom: PH 1841/80, 674.

²⁸⁰ *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 210; *Ismét egy ütlegetvirtuóz 's az ő kényura*. PH 1841/35, 285–286; Arad: PH 1841/61, 511; Baranya: PH 1841/31, 255; Bács: PH 1841/58, 487; Bereg: PH 1841/104, 870; Eperjes: PH 1841/50, 419; Komárom: PH 1841/80, 674; Szabadka: PH 1841/64, 536; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400; Temesvár: PH 1841/31, 253; Vas: PH 1841/61, 511.

²⁸¹ *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 210; PH 1841/18, 143.

²⁸² Bártfa: PH 1841/88, 740; Eperjes: PH 1841/50, 419; Szabadka: PH 1841/64, 536; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400; Zilah: PH 1841/37, 306–307.

²⁸³ BODON 1841a: 456; Hont: PH 1841/52, 435; PH 1841/103, 863.

²⁸⁴ VARGA 1980b: 230.

²⁸⁵ Bács: PH 1841/58, 487; Hont: PH 1841/52, 435; PH 1841/103, 863.

²⁸⁶ Bereg: PH 1841/104, 870; Veszprém: PH 1841/65, 544.

²⁸⁷ Gömör: BODON 1841a: 456; Szeged: PH 1841/86, 724; Veszprém: PH 1841/65, 544.

teles espektől eltekintve nem nyilvános a testi büntetés végrehajtása. Ezen kívül tíz magyar közleményben szerepel az, hogy a közönséget kizárták a botbüntetés végrehajtásáról. Baranyában, Nyitrában és Hont megyében a törvényszék határozott így, máshol feltehetően a közgyűlés vagy a városi tanács döntött ebben a kérdésben. Temes megyében a tudósító szerint „rabjaink több év óta a’ megyei uj ház tágas udvarában, bezárt kapuknál fenytetnek.” A *Bot, vessző, korbács* című vezércikkben szereplő adatokat a levelező így cáfolta: „Mert a’ büntetések régente nem csak Baranyában, hanem egyebütt is szokásban volt ezen nemét a’ megyei törvényszék már több évek előtt – és nem, a’ mint állittatik, csak jövőre – eltörölte.”²⁸⁸ A temesi és a baranyai tudósító cikkéből is kiderül, hogy a végrehajtás nyilvánosságának megszüntetése nem kifejezetten az 1840-es évek elejének eszméje, a törvényhatóságok egy része már a harmincas években bevezette az ún. „intramurán” végrehajtást.²⁸⁹

Nem mindenhol alkalmazták a testi büntetést, a nemeseken kívül bizonyos csoportokat kiemelték a botozás alól. Székelyföldön a székely jogállás miatt és nem emberieségi szempontból nem szerepelt ez a büntetési nem, Vas megyében a nőket nem lehetett így büntetni. Arad vármegyében a községi tanácsok tagjait nem így fenytették, mert a becsületét veszített tanácsstag nem lenne alkalmas feladatára. Középszolnok megyében az egyik főszolgabíró a testi büntetések helyett inkább közmunkát szabott ki, ezt javasolták szélesebb körben is alkalmazni. Komárom vármegyéből örömmel számolt be a tudósító arról, hogy a hallgató rendszerű „javító ház” közös műhelyében nem kell a testi büntetés alkalmazása a rend fenntartásához.²⁹⁰ Az azonnali megszüntetés helyett a mérsékeltbb alkalmazást is megfelelőnek tekintették kilenc közleményben.²⁹¹ A botbüntetés gyakorlatáról tizenhat cikkben számoltak be.²⁹² A testi büntetések kiszabásához, végrehajtásához gyakran visszaélés is kapcsolódott, tizennégy ilyen eseményről beszámoló közlemény jelent meg 1841-ben a *Pesti Hírlap*ban.²⁹³

3. 5. Becstelenítő büntetések

A *Pesti Hírlap* első évfolyamát vizsgálva megállapítható, hogy a megszegyenítő büntetéseket Magyarországon már nem alkalmazták, Szlemenics és Pauler is mint régi szokást említette,²⁹⁴ ilyen gyakorlatról csak a Külföldi naplóban számoltak be. A lap

²⁸⁸ *Bot, vessző, korbács*. PH 1841/26, 210; Baranya: PH 1841/31, 255; Bártfa: PH 1841/88, 740; Bereg: PH 1841/104, 870; Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Hont: PH 1841/103, 863; Nyitra: PH 1841/59, 494; Pest: Remellay 506; Szabolcs: PH 1841/78, 656; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400; Temes: PH 1841/31, 252.

²⁸⁹ KABÓDI CSABA – MEZEY BARNA: *A büntető rendszer alapszabályai*. Budapest, 1997, 78.

²⁹⁰ Arad: PH 1841/61, 511; Középszolnok: PH 1841/76, 657; Komárom: PH 1841/80, 674; Székelyföld: PH 1841/48, 384; Vas: PH 1841/61, 511.

²⁹¹ Bars: PH 1841/79, 666; Bártfa: PH 1841/88, 740; Borsod: PH 1841/45, 376; Komárom: PH 1841/80, 674; Nyitra: PH 1841/89, 746; Sátoraljaújhely: PH 1841/63, 527; Somogy: PH 1841/42, 349; Szabadka: PH 1841/64, 536; Vas: PH 1841/61, 511.

²⁹² *Bot for ever*. PH 1841/39, 321; Bodon 1841b 795; Kovács 718; Remellay 506; Amsterdam: PH 1841/21, 171; Angolhon: PH 1841/36, 296; PH 1841/37, 308; PH 1841/82, 693; Belgium: PH 1841/19, 153; Borsod: PH 1841/33, 269; Máramaros: PH 1841/30, 243; Oroszország: PH 1841/96, 810; Perzsia: PH 1841/74, 625; Selmechánya: PH 1841/60, 504; Somogy: PH 1841/38, 316; PH 1841/42, 349.

²⁹³ *Ismét egy üllégvirtuóz 's az ő kényura*. PH 1841/35, 285; *Jámor ohajtás*. PH 1841/41, 337; A. – Z. 207; KOVÁCS: 718; B. PH 1841/59, 496; Baranya: PH 1841/71, 598; PH 1841/72, 608; Középszolnok: PH 1841/78, 657; P. PH 1841/48, 401; Pest: PH 1841/3, 19; PH 1841/38, 314; PH 1841/57, 478; Trencsén: PH 1841/80, 674; Zala: PH 1841/96, 807.

²⁹⁴ SZLEMENICS: 98; PAULER: 206.

munkatársai egyértelműen elítélték a bűnelkövető megszégyenítését, középkori büntetési formának tekintették. A *Times*ból átvett pellengérré szóló ítélethez megjegyzést is fűztek. „Meddig fog még a’ sötétebb századok igazgátszolgáltatásának eme’ maradványa felmaradni a’ pogáriásodott Európában!!” Ugyanilyen felháborodással számoltak be egy francia bíróság „nyilvános piaczeni kiállításra” szóló ítéletéről, egy bitófához állításról, csakúgy, mint két belga váltóhamisító megbélyegzéséről, valamint egy hollandiai hírről, amelyben megbélyegzés és kikorbácsolás szerepelt. A „muszka belügyminiszter” körlevelében a megbélyegzés büntetések alapos végrehajtásáról intézkedett, ezt a hírt már nem is látták el hosszú elítélő megjegyzéssel.²⁹⁵

Magyarországon a *Pesti Hírlap* első évfolyama alapján a testi büntetések nyilvános végrehajtása jelentette az elítélt megszégyenítését. A botbüntetés megszüntetésének hívei ezt hozták fel legfőbb érvként, hiszen a közösség előtt becsületét veszített elkövetőnek nincsen lehetősége a beilleszkedésre.²⁹⁶ A Zemplén megyei levelező cáfolt egy korábbi beszámolót, amely szerint a megyeháza udvarán kikötéshez használt oszlop állt. A Hajdúkerületben a testi büntetések végrehajtásának zárt tátele mellett „a’ közmelegyaláztatás undorító czégrei a’ bitófák pedig mindenütt megsemmisítettnek rendeltettek”.²⁹⁷

3. 6. Katonának adás büntetés

A szabadságbüntetések speciális változata volt a garázda jellegű bűncselekményt elkövető, a közösségi normákat semmibe vevő legényekkel szemben a 18. század utolsó harmadában a katonának állítás.²⁹⁸ A Helytartótanács 1797-ben és 1799-ben kiadott rendeleteivel a súlyosabb bűncselekmények elkövetőinél megtiltotta ennek a büntetési nemnek az alkalmazását, csak csekélyebb törvényszegéseknél volt kiszabható büntetésként. A kört tovább szűkítette egy 1807-ben kiadott rendelkezés, majd a sorozás megváltozásával kiment a gyakorlatból, de Pauler Tivadar szerint „a hivatalból történt katonaaállításnak legujabban is voltak esetei”.²⁹⁹ Az 1840. évi országgyűlés megszavazta az újoncozást (1840:2. tc.), amelyet 1841-ben a *Pesti Hírlap* élénk érdeklődése mellett hajtottak végre. A vidéki tudósítók sorozatosan számoltak be a katonaaállításról, különösen a szabálytalanságokra figyeltek oda a szerzők. Ezek közé tartoztak azok az esetek, amikor az elvileg kötelező sorshúzás nélkül vált valaki katonává. Négy vármegyéből, a Jászkun Kerületből és Szatmárnémetiből érkezett tudósítás büntetőeljárás alatt levők besorozásáról.

A Jászkun Kerületből küldött levelében a H. L. szignójú szerző mutatott be egy esetet: „a’ fenytő törvényszék és ujonczállítás egy füst alatt tartatván, mintegy

²⁹⁵ Amsterdam: PH 1841/21, 171; Angolhon: PH 1841/8, 62; Belgium: PH 1841/19, 153; Franciaország: PH 1841/15, 118; PH 1841/94, 793; Oroszország: PH 1841/96, 810.

²⁹⁶ Bot, vessző, korbács: PH 1841/26, 209–210; *Ismét egy ültélgvirtuóz ’s az ő kényura*: PH 1841/35, 285–286; Bot for ever: PH 1841/39, 321–322; A. – Z.: 207; ERDÉLYHONI: 137; BODON 1841a: 456; Arad: PH 1841/61, 511; Baranya: PH 1841/31, 255; Bars: PH 1841/79, 666; Bereg: PH 1841/104, 870; Borsod: PH 1841/23, 185; Eperjes: PH 1841/50, 419; Komárom: PH 1841/13, 100; Szabadka: PH 1841/64, 536; Szabolcs: PH 1841/78, 656; Szeged: PH 1841/86, 724; Temes: PH 1841/31, 253; Vas: PH 1841/61, 511.

²⁹⁷ Hajdúkerület: PH 1841/58, 488; Sátoraljaújhely: PH 1841/63, 527.

²⁹⁸ HAJDU LAJOS: *Büntett és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában*. Budapest, 1985, 169–173.

²⁹⁹ SZLEMENICS: 102; PAULER: 185–186.

tizenhárman soroztatának be, még pedig nem önkintesnek, korántsem! hanem mind olyanok, kik jóknak 's odavalóknak látszanak." Erre az esetre Bajkay Endre is visszatért a kerületet bemutató cikkében, hiszen a rabok „mondúrba rázattak”, a besorozottak „mindnyájan kis vétkesek, 's többnyire korcsmákban verekedni szokott hetyke legények”. A szerző kényes kérdésnek minősítette a történeteket.³⁰⁰

Szatmárnémeti levelezője így számolt be: „a' többi 28 sorshuzás nélkül tömlöczből, kóborlókból 's – mint állittatik – önkintesekből állítatott ki [...] még így sem tudom hogy lehet a' tömlöczben levőt sorshuzás nélkül ujonczok közé sorozni. Tettéért büntetni lehet, de törvényes jogától megfosztani nem lehet, vagy legalább nem kellene.” Kossuth megjegyzéssel látta el a tudósítást: „a' honvédelem nemes és szent hivatása büntetés nemévé ferdítettik?” Verőce megyében „mikép fölvétetvén egy fenyítőper, kisült: hogy a' lólopást megvallott, de még el nem ítélte e' perbeni négy rabnak egyike – a' katonaságnak mint ujoncz átadatott.” Varasd megyében a kóborlókat sorozták be, köztük egy stájerországi lakost, aki egy birtokper miatt „honából kis időre lejött, szinte mint kóborló erőszakosan besoroztatott”. Biharban egy 17 éves fiú „sokszorú kicsapongásaiért sorsozás alá rendeltetett” szerencséje volt, de „kicsapongásait ujjakkal tetéztvén, a' besorozási küldöttség elébe hozatott, 's ,per fata' katonává is lett.” Így „ki háborgatója volt a' falu békéjének, honvédői szerepénél fogva őre legyen egy nemzet békéjének.” Hont vármegyében egy fiatallembert katonának adásra ítélték, de a levelező nem talált utalást az elkövetett bűncselekményre.³⁰¹

3. 7. A szabadságvesztés és egyéb büntetések

A korszakban uralkodóvá váló büntetési nemről, a szabadságvesztésről a *Pesti Hírlap*ban kizárólag büntetés-végrehajtási szempontú közlemények jelentek meg. Az elkövető elzárását, mint büntetést a lap szerzői megfelelő szankciónak tekintették, amely alkalmas a javításra. Legnagyobb hangsúlyt az egészségtelen, emberi tartózkodásra nem megfelelő tömlöcök mielőbbi átalakítása és a rabok elkülönítése kapta. A korszerű börtönrendszer kialakításáról is folyt a párbeszéd, valamint ezzel kapcsolatos megyei kezdeményezésekről is beszámoltak rendszeresen.

Kovács Lajos a korabeli büntető törvénykezést minősítő cikkében a reformkori büntetések szinte teljes katalógusát adta, így a szabadságvesztés három leggyakrabban alkalmazott súlyosítását is megemlítette, a közmunkát, a böjtöt és a vasat.³⁰² A közmunka elrendelésénél a törvényszék célja a szabadságvesztés letöltésének megnehezítése, bevétel szerzése és néha az elítélt megszégyenítése volt. Nem a bűnelkövető javításának eszközét látták benne legtöbbször a bírák, de a *Pesti Hírlap*ban már több olyan tudósítás is napvilágot látott, amelyben a büntetés céljának megvalósítását elősegítő eszköznek tekintették a munkáltatást. Vas megyében ezt az álláspontot képviselték, amikor a várható nagyobb haszon ellenére sem adták bérbe a börtön műhelyét. Bereg vármegyében ezzel szemben magánszemélyeknek is kikölcsönözték a rabokat.³⁰³ A fogvatartottak böjtöltetése vallási alapokon nyugodott, de olyan helyeken, ahol a tör-

³⁰⁰ PH 1841/26, 211; BAJKAY: 298.

³⁰¹ Bihar: PH 1841/53, 445; Hont: PH 1841/103, 863; Szatmárnémeti: PH 1841/48, 400; Varasd: PH 1841/71, 597; Verőce: PH 1841/39, 323.

³⁰² KOVÁCS: 718.

³⁰³ Bereg: PH 1841/71, 597; Vas: PH 1841/102, 856.

vényhatóság gondoskodott az élelmezésről, jelentős megtakarítást is eredményezett. A bilincs alkalmazása az elítélt sanyargatásán kívül a szökések megakadályozását és esetleg a megszegyenítést szolgálta.

A 19. század első felében a nem helyi lakos bűnelkövetőket, hogy a további bűncselekményeket megelőzzék, kitiltották az adott településről, vagy megyéből. A kitiltást sajátosan értelmezte Szlemenics Pál, hiszen a polgári jogokat megszorító büntetések közé sorolta, Pauler viszont a szabadságbüntetésekhöz.³⁰⁴ A kitiltás alkalmazását Remellay Gusztáv cikkében figyelhetjük meg, Pesten a tilos visszatérést is büntették. Hont vármegyében javasolták, hogy „ezentul minden kibocsátott rab helységről helysége kikerüljék a’ megyéből”, de ezzel nem értett egyet a levelező, mert szerinte a letöltött büntetés után nem akadályozható a szabad mozgás.³⁰⁵

A csekélyebb súlyú bűncselekmények elkövetőivel szemben, különösen, ha az illető aránytalanul sok időt töltött előzetes letartóztatásban, vagy nem volt elég bizonyíték, a bíróság dorgálást alkalmazott. Bars megye levelezője arról számolt be, hogy az utolsó törvényszéken „ritkábban ’s kevesebb számmal ítéltetett az ütle; divatosabbá lön az ítéletnek törvényszék előtt hallása alkalmával a’ vétség neméhez alkalmazott szelid dorgálás, javulásra intés.”³⁰⁶ Szlemenics büntetőjogi kézikönyvében nem szerepel ez a büntetési nem, Pauler álláspontja szerint pedig a becsületbüntetések közé tartozik.³⁰⁷

Egy Udvarhelyszékből érkezett tudósítás szerint felmerült a közgyűlésen az a javaslat, hogy a „tisztí büntetéseket” fordítsák közcélra. Itt nem igazi vagyoni büntetéstől lehetett szó, hanem inkább bírságról.³⁰⁸

3. 8. Büntetéskiszabási kérdések

Büntetéskiszabási kérdésekkel keveset foglalkoztak a *Pesti Hírlap* első évfolyamában, egyetlen esetben szerepel kifejezetten ilyen probléma. Balatonfüredről érkezett levélben a tudósító így foglalta össze álláspontját: „De büntetésnél vajmi sok körülménynek kell tekintetbe jöni; többi közt a’ személyek műveltségének és polgári állásának; ’s minél nagyobb e’ kettő a’ vétkes személyében, annál nagyobb a’ beszámítás terhe.” Szerinte a „polgárok személybátorságára ’s személyes jogainak védelmére ügyelő hivatalnok tiszteres beszámítást érdemel.”³⁰⁹ Az 1843. évi javaslat 82. §-a is tartalmazott ilyen súlyosító körülményeket.³¹⁰

Borsod vármegyéből a bécsi tűzkármentesítő társaság sérelmére elkövetett csalások miatt indított eljárásról számoltak be. Az ügyvivőt, aki a „csalfálkodásokban főszerepet” vitt, négy év rabságra ítélték, de még legalább öt perben várt rá marasztaló ítélet. A levelező ezt a megoldást igazságtalannak tartotta, hiszen „történhet, hogy 20 év is juthat büntetésüül; midőn urunk királyunk élete eloltását megkísértett bűnös 15 évre kárhoztaték.” Az eljárásokat a megyei tisztviselők javaslatára sem egyesítették. Kosuth így vélekedett a kérdésről: „itt a’ bűn egy hűtlenséggel egybekötött csalás; a’ külön tettek csak azonegy bűnnek különféle alakban ismétlései, ’s ezért csekély nézetünk

³⁰⁴ SZLEMENICS: 99; PAULER: 177.

³⁰⁵ PH 1841/52, 435; REMELLAY: 507.

³⁰⁶ PH 1841/45, 376.

³⁰⁷ PAULER: 207.

³⁰⁸ PH 1841/68, 572.

³⁰⁹ PH 1841/85, 716.

³¹⁰ Fayer 1896/2. 30.

szerint is ugyanazon egy pörbe tartozók”.³¹¹ A borsodi törvényszék álláspontja nem világos, hiszen az 1843. évi anyagi jogi javaslat ismerte az egy eljárásban elbírált cselekményekre a halmazati büntetést, sőt Mittermaier véleménye ellenére igen szigorúan alkalmazta az aszperáció elvét.³¹² Kossuth megállapítását vizsgálva úgy tűnik, hogy a mai fogalmaink szerinti homogén anyagi halmazatot vagy a folytatólagos bűncselekményt látta itt megvalósulni.³¹³ A korabeli büntetőjogi szakirodalom ismerte az anyagi halmazatot, sőt Szlemenics Pál az „egynemű halmozott büntetteket” „ismételteknék” nevezte, ezen belül az ugyanazon egy tárgy ellen elkövetettet „folytatottnak”, a többféle tárgy ellen elkövetettet „megújítottnak”. Ennél a résznél a szerző nem világította meg az elhatárolás okát gyakorlati példákkal, így nem értelmezhető a felosztás. Pauler Ti-vadar példákkal alátámasztott felosztása szerint a borsodi csalássorozat az anyagi halmazaton belül bűnismétlés, mivel hasonló bűncselekményeket követett el.³¹⁴

A francia jogfelfogás a büntetett előlethez különböző következményeket is fűzött: „Azon egyedek, kik vagy gyalázatot vagy két 's több évi javitást magokban foglaló büntetésre ítéltetvék, a' hadseregénél nem szolgálhatnak.” Magyarországon ennek nem volt kialakult gyakorlata, de Hont vármegyében a büntetés kiállása után is korlátozni próbálták a szabad mozgást.³¹⁵

4. Összegzés

Megállapíthatjuk, hogy a *Pesti Hírlap* első évfolyamának számaiban gyakori téma volt a büntetőjog. Minden rovatban és három kivételtől eltekintve (22; 24; 81.) minden számban valamilyen formában, legalább érintőlegesen foglalkoztak ilyen jellegű kérdésekkel. Ezeknek a közleményeknek csak kisebb részét alkották az anyagi büntetőjogot érintő hírek, cikkek, általában nem egy témát érintettek, hanem büntetőeljárási, börtönügyi és anyagi jogi kérdések keveredtek a közleményekben. Az anyagi jogon belül az általános részbe tartozó kérdésekkel foglalkoztak a legtöbbször, ezek közül a büntetés-tan váltotta ki a legnagyobb érdeklődést, a szerzők következetesen a büntetési rendszer teljes átalakítását szorgalmazták.

A lap munkatársai és ezen keresztül az olvasók is ismerték a legalitás elvét, bár ennek szokásjogon alapuló büntetőjog esetén nincsen nagy jelentősége. Hatályos törvénykönyv nélkül is alkalmazták a honossági elvet a megjelent híradások alapján. Beszámítást kizáró okok közül csak az elmebetegség és a gyermekkor merült fel, a büntethetőséget megszüntető okok közül a kegyelmet és az elévülést tárgyalták a szerzők. Kossuth elvetette a bűncselekmények súly szerinti felosztását, annak ellenére, hogy a magyar szakirodalom ismerte. A bűnrészesség kérdése csak egy alkalommal került szóba, egy franciaországi hírből.

A nagy számú büntetés célját érintő közlemény döntő többsége a bűnelkövető javítását tartotta a legfontosabbnak, de akadt pártolója az abszolút elméletnek és az egyesítő irányzatnak is. Az egyes büntetési nemek közül érdekes módon a halálbüntetés

³¹¹ PH 1841/57, 478.

³¹² FAYER 1896/2.: 31–32; FAYER 1896/1.: 170–171; NAGY–TOKAJI: 355.

³¹³ NAGY–TOKAJI: 240–243.

³¹⁴ SZLEMENICS: 58; PAULER: 121.

³¹⁵ Franciaország: PH 1841/36, 297; Hont: PH 1841/52, 435.

problémáját csak kevésszer érintették, pedig ekkor már a szakirodalom egy évtizede foglalkozott a problémával. Nem foglalt állást a szerkesztőség a megszüntetése mellett, a minősített végrehajtást viszont elítélték. A testi büntetésekkel szemben viszont határozottan felléptek a lap szerzői, mivel az azonnali eltörléshez ekkor még nem voltak meg a feltételek, a nyilvános végrehajtás megszüntetéséért és a ritkább alkalmazásáért szálltak síkra. Ezzel összefüggésben a becsstelenítő büntetéseket elítélték, mert a javítási elmélettel ellentétes, így nem megfelelő büntetőjogi szankciónak. A szabadságvesztéssel kizárólag végrehajtási szempontból foglalkoztak a szerzők, több alkalommal szerepelt viszont a katonának adás büntetesként alkalmazása, amelyet elleneztek a szerzők. Nem foglalkoztak a vagyoni jellegű büntetésekkel, de a kitiltás és a dorgálás felmerült. Büntetéskiszabási kérdések közül a tisztségviselőknél érvényesülő nagyobb beszámítás mellett a bűnhalmazat található meg a *Pesti Hírlap* első évfolyamában.

Annak ellenére, hogy a politikai sajtó komolyabb tudományos vitára alkalmatlan, számos modern büntetőjogi elv megjelenése tapasztalható a *Pesti Hírlap* 1841. évi számaiban. A korabeli törvénykezési gyakorlatba és az egyes törvényszékek büntetőjogi gondolkodásába enged bepillantást a rengeteg büntetőjogi kérdést érintő vidéki tudósítás. A hírlapirodalomban feltűnő eszmék néhány év alatt meghódították a közvéleményt, hiszen az itt még csak óvatosan említett reformkérdések az 1843. évi javaslatban már pontos megfogalmazást nyertek. A *Pesti Hírlap* nagy olvasótáborán keresztül tulajdonképpen előkészítette a kodifikációs vitákat, és lehetőséget biztosított a büntető igazságszolgáltatás egységesedéséhez, a büntetési rendszer viszonylag gyors átalakulásához.

SZILVIA BATÓ

STRAFRECHTLICHE PRINZIPEN IM ERSTEN JAHR VON PESTI HÍRLAP (1841)

(Zusammenfassung)

Man kann die Strafrechtsgeschichte der ungarischen Reformzeit (1790–1848) erforschen, wenn man neben der reformzeitlichen Fachliteratur und den Quellen aus den Archiven auch die politische Presse studiert. In Ungarn hat die moderne öffentliche Meinung sich am Anfang der dreissiger Jahre des 19. Jahrhunderts entfaltet, und die erste moderne politische Zeitung (*Pesti Hírlap*) erschien 1841. Nach zwei erfolglosen Kodifikationsversuchen wurde eine Landkommission 1840 eingesetzt, um ein Strafgesetzbuch auszuarbeiten. Diese Arbeit hat die öffentliche Meinung mit grossem Interesse verfolgt, in der politischen Presse erschienen viele Nachrichten und Artikel über die Strafverfahren und das Gefängniswesen. In der *Pesti Hírlap* haben sich die Komitatsreporter auch mit dem materiellen Strafrecht beschäftigt. *Pesti Hírlap* besteht aus fünf grossen Teilen (Leitartikel, Nachrichten aus der Hauptstadt, Berichten aus dem Komitat, Auslandsnachrichten, Abhandlung), in jedem Teil sind Probleme aus dem allgemeinen Teil des materiellen Strafrechts vorgekommen. Diese Themen waren zum Beispiel: das Prinzip *nullum crimen sine lege*, die Verjährung und die Strafbarkeit. Aber am meisten hat man über die verschiedenen Straforten geschrieben.

BEZDÁN ANIKÓ

A vadászat néhány kérdéséről a hatályos szabályozás tükrében

*“Az erdőt nem csupán elődeinktől örököltük,
hanem unokáinktól kaptuk kölcsönbe.”*

Az erdő és a benne folyó tevékenység – védelem, a megőrzés és gazdálkodás – közös feladatunk.

Az erdő az egészséges emberi élet alapfeltétele. Jóléti szolgáltatásai közérdekűek, mindenkit megilletnek, és az erdő – mint a gazdaság megújuló természeti erőforrása – évszázadok változásában formálja hazánk tájait, őrzi az élővilág fajtagazdagságát, menedéket, élelmet, felüdülést nyújt.

Közös felelősségünk az, hogy a tulajdonos, a szakember, a természetvédő, és az erdőjáró a fán kívül az erdőt is lássa.

Fontos, hogy minden érintett lelkiismeretes, alapos és egyre magasabb szakmai tudással teljesítse – sokszor nem ok nélkül – féltett kincsünkkel kapcsolatos feladatát. A kulturált, fegyelmezett vadászat azonban nem veszélyeztetheti a vadállományt, nem vezethet az egyre többet érő természeti értékek megsemmisítésére.

A korábbi szabályozás helyébe hazánkban az elmúlt években új szabályozás lépett. Ez részben megváltoztatta a kialakult viszonyokat, részben pedig a problémák ugyanúgy merülnek fel, mint az új szabályozás előtt. Ennek néhány kérdésével szeretnék foglalkozni rövid tanulmányomban.

A vadászat jelentősége

A vadászat mindig fontos természeti és gazdasági szerepet töltött be az ember életében.

Ez azonban mindig változó nagyságú volt. Amíg régen az éhség csillapítása kényszerítette az embert, ma már inkább mint sporttevékenység, élményforrás, természetvédelem részeként említhető meg. Az utóbbira nagy hangsúlyt kell fektetni, hiszen a természet a vad számára élőhely, az ember számára pedig életfeltétel.

A vadászat szenvedély, sport, szakma, a gazdasági tevékenység és a kultúra része, és sok szállal kötődik a művészetekhez, mint például a zenéhez, képzőművészetekhez.

A vadászat komplex, és talán világunk egyik legellentmondásosabb tevékenysége. Kiemelendő feladata a fenntartható fejlődés és a biológiai sokféleség megőrzése, de ugyanakkor veszélyforrás is.

A vadonélő állatok (beleértve a vadászható vadfajokat is) természeti örökségünk részei, ennek megfelelő felelősséggel kell gazdálkodnunk velük.

A vadászat tehát a társadalom számára egyszerre kényszer és engedmény, amelyet a jog engedélyez és az etika fogadtat el.

A vadászat jogi szabályozásának kialakulása, jogrendszerbeli helye

A vadászati jog eleinte mint szokásjog, később szabályozott jogi keretben jelent meg.

A jog rendeltetése az, hogy szabályozza a társadalmi viszonyokat, előírja azokat a magatartási formákat, amelyeket minden embernek be kell tartania.

A jog tulajdonképpen az állami irányítás eszköze, az állam akarata, amely az Országgyűlés által alkotott és elfogadott törvényekben jut kifejezésre.

Ebből következik, hogy a vadászat és vadgazdálkodás tartalmát is jogok és kötelezettségek alkotják. (Részletesen az 1996. évi LV. tv. 2. §)

Kialakulását vizsgálva megállapítható, hogy mindig szorosan kötődött a mindenkor uralkodó érdekviszonyokhoz és tulajdonformákhoz.

A vadászat ősi szabálya az volt, hogy mindig csak a legszükségesebb mennyiséget volt szabad elejteni, mert a mai szóval a "tartamosság" a jövő záloga. A vadászati jog eleinte mint szokásjog, később szabályozott jogi keretként volt jelen jogrendszerünkben.

Az államalapítás előtti időkben közjogi jogosultság volt, tehát a nemzetséghez való tartozás volt a feltétele. Az államalapítás után személyes jogosultság lett, tehát személyre szőlt és nem területhez kötődött. A föld tulajdonjoga és a vadászati jogosultság később sokszor összefonódott és ezáltal privilegizálódott. Csökkent a fennmaradást szolgáló szerepe, de hozzátartozott a természet, a környezet egészéhez. A vadászat kezdett egyfajta szabályozási funkciót is betölteni a vadállományban. A földesurak akkor országlási feladatukat is otthagyták, hogy a túlszaporodott vadak ne okozzák a termés csökkenését.

A vadászat első írott szabályozása is mint törvény jelent meg Szent László idejében, amely megtiltotta a vadászatot a "mondott ünnepnapokon", megszegőitől lovát, és kutyáját elvették.

Az 1222. évi dekrétum, az Aranybulla már a területről "solymárok, nemesek falvai-ra szállni ne merjenek" így tiltotta ki a vadászokat.

II. Ulászló 1405. évi ötödik dekrétuma hat vadfajra tiltotta meg a parasztoknak a vadászatot, megszegőinek három forint bírságot rótt ki.

Az 1514. évi hetedik dekrétum megszegőit igen súlyos büntetéssel sújtották. A paraszt vagy a hajdú tiltott puskatartásáért kasztrálást vagy halálbüntetést kapott. A vadászati jog nemesi előjoggá vált.

Jó hétszáz év múlva III. Károly 1729. évi dekrétuma jelent meg, melynek 22. cikke az első magyar vadászati törvénynek tekinthető. Itt már hétre emelkedett a tiltott vadfajok száma (szarvas, őz, nyúl, vadkan, fácán, császármadár és fogoly). Ezekre parasztok, polgárok, sőt még a nemesek sem vadászhattak. Megjelent a speciális tilalom: idegenben és mezőn a földbirtokos nem vadászhatott a szaporodási időn belül. Ez nagy lépés volt a vadászati jog korlátozásában; a vadvédelem elvének első igazi megjelenése.

Bevezették a lődíjat és a terület vadászati jogának haszonbérbe adását is, amellel a nemes vad védelme érdekében a ragadozók, többek között a farkas irtását.

Mária Terézia 1767. évi Urbárium tartalmazott első ízben vadkár-elhárítási kötelezettséget. Az 1786. augusztus 21-i vadászati szabályzat a földesurakat kizárólagos vadászati joggal ruházta föl, területüket más nemesek részére bérbeadhatták. A tilalmak: még a sebzett vad sem volt követhető idegen vadászterületre, tilos volt vadászni a betakarításig, szőlőkben a szüretig; a vadörzövel szemben a fegyvert használhatták.

II. Ferenc uralkodásakor még megmaradtak a feudális privilégium egyes elemei, de új tendenciák jelentek meg. A jogi szabályozás a személyi alapról átkerült a földtulajdonú felé. Kibővült a hét tiltott vadfaj a fajdkakassal, pontos tilalmi időket határozott meg, amelynek alapja a szaporodási időszak volt. Az úrbériség megszüntetésével a jobbágyság is nagy földterületek birtokába kerülve a vadászati jogot egyezség keretében átengedték a földesúrnak. A vadászati jogra továbbra is az 1802. évi törvény maradt hatályban, de a jelentős változások egyre sürgették az új vadászati törvény megalkotását.

Az 1872. évi VI. törvény 44. §-a a vadászati jogot a földtulajdon elválaszthatatlan részeként kezeli, hasonlóan a mai szabályozáshoz. A legkisebb vadászterület 100 kh, kivétel a természetes határral elzárt kert, szőlő, sziget. A zárványterületeket bérbe kellett adni. Megtiltotta a sebzett vad idegen területre való követését. A vadászati kihágásokat szigorúan büntették. A sok változás miatt csak 11 évig volt hatályban.

Az 1883. évi XX. törvény a vadászatról már nem mondható rövid életűnek, egészen 1945-ig volt hatályban. Jelentősebb változások: a terület alsó határa 200 kh saját tulajdon esetében, de bérleményként 2000 kh. A községek hat évre adhatták bérbe a terület vadászati jogát. Az orvvadászat megfékezése érdekében korlátozható volt a vadforgalom. A vadászati idenyt követően két héten túl vadhús nem volt forgalmazható. A szabálysértéseket a közigazgatás vette át.

Ez a jelleg egészen 1945-ig megmaradt. A 4640/1945 (VII.14.) ME rendelet folytán a vadászati jog az államra szállt át. A társadalmi rend változása magával hozta a jogalkotás változását is. E szabályozási rendszer alapját az képezte, hogy – összhangban a korabeli társadalmi viszonyokkal – a legfontosabb tulajdoni tárgyak, így köztük a termőföld is, vagy államosításra kerültek, vagy azokra olyan korlátozó rendelkezések voltak hatályban, amelyek a tulajdonnal való szabad rendelkezést gátolták.

Az 1961. évi VII. tv. és módosításai már igyekeztek kijavítani a korábbi szabályozás hibáit, és próbáltak lépést tartani a fejlődéssel.

A vadászati jog sorsának problémáját a vad védelméről, a vadgazdálkodásról, valamint vadászatról szóló 1997. évi XLVI. tv-nyel módosított 1996. évi LV. tv. (a továbbiakban: Vtv.) döntötte el, amely az állami tulajdonban levő vad vadászatára vonatkozó jogosultságot a földtulajdonhoz kapcsolta.

A Vtv. 3. §-a szerint: "A vadászati jog, mint vagyoni értékű jog a földtulajdon elválaszthatatlan részeként a vadászterületnek minősülő terület tulajdonosát illeti meg."

A rendelkezés kifejezetten a vad védelmét szolgálja, de nem jelenti azt, hogy a tulajdonos maga is vadászhat, de így némi földbérleti díjhoz mindenképp hozzájut. (Ugyanis az a terület amely vadászterületnek minősül, legalább 3000 hektár kiterjedésű.) Azzal, hogy a jogalkotó végül is a háromezer hektáros kiterjedésű minimális vadászterület mellett fogalt állást, egy bonyolult jogi problémát is meg kellett oldania.

Figyelemmel a magyarországi birtokviszonyokra, két fontos sajátosság emelhető ki:

- a földtulajdoni és földhasználati viszonyok elválnak egymástól, és a használat során az átlagos tulajdoni mértéknél nagyobb egybefüggő területek alakultak ki,
- a tulajdonrendezés magyarországi sajátosságaként az egy főre jutó földtulajdon nagysága átlagosan termőföld esetében a 4 hektárt, erdő esetében pedig a 1,5 hektárt nem haladja meg.

A jogalkotó ezt az ellentmondást úgy kívánja feloldani, hogy a kistulajdonosok esetében három féle megoldási lehetőséget biztosít:

- 30 hektáronként közös képviselőt választanak,
- vagy a jelenlegi földhasználót bízzák meg képviselőjükkel,
- a távollévő kistulajdonosok nevében a szükséges jognyilatkozatot az önkormányzat jegyzője teszi meg.

A hatályos Vtv. jellegzetes vonásai az alábbiakban foglalhatók össze:

- a vad állami tulajdonban van;
- a vadászati jog a földre vonatkozó tulajdonjogtól nem választható el;
- a földtulajdonos a vadászati jogot a Vtv.-ben és annak alapján kiadott rendeletekben meghatározott feltételek szerint hasznosíthatja, illetőleg köteles hasznosítani;
- a vadászterületen elejtett, elfogott vagy elhullott vad a vadászatra jogosult (földtulajdonos vagy földtulajdonosok vagy általuk a gyakorlásra kijelölt üzemi kezelő) tulajdonába kerül;
- a vadászati jog a természetvédelemmel összehangolt vadgazdálkodás jogát és kötelezettségét is felöleli.

A szabályozás rendszerbeli elhelyezkedésével kapcsolatban az állapítható meg, hogy elkülönült jogterület ugyan, de nem önálló jogág. Mind a polgári jog, mind pedig az agrárjog által szabályozott jogviszonyok mellett más jogágak is érintettek. Így például az államigazgatás (például felügyelet, illetve, hogy ki kaphat fegyvertartási engedélyt, milyen feltételei vannak, ki vadászhat kérdései) vagy a munkajog területe (például a munkaszerződések: alkalmazottak, hivatásos vadász szerződései) vagy a vadászati szabálysértések köre, amely a büntetőjog része, a pénzügyi jog köréhez pedig az adózás, illetékek köre tartozik.

Tulajdonjog a vadon

Hazánkban a vad állami tulajdonban van [Ptk. 128. § (1) bek. és a Vtv. 9. § (1) bek.]

Ez a tulajdon az államot attól függetlenül illeti meg, hogy kinek a tulajdonában áll a földterület, amelyen a vad él.

A tulajdonjog tartalmát a Ptk. X. fejezete részletezi. Elemeiként a birtoklás, használat és hasznosítás, és a rendelkezés jogát állapítja meg. A rendelkezési jog tartalmát a Ptk. 112. § (1) bek. akként határozza meg, hogy: "A tulajdonost illeti meg az a jog, hogy a dolog birtokát, használatát vagy hasznai szedésének jogát másnak átengedje, a dologot biztosítékul adja vagy más módon megterhelje, továbbá hogy tulajdonjogát másra átruházza vagy azzal felhagyjon."

Az állam a vadászati törvényben adott felhatalmazással átengedi a vaddal való rendelkezési jogot a vadászatra jogosultnak. A Vtv. 9. § (4) bek. esetén viszont: "A vadaskertben, vadasparkban tartott vad – a vadspark fenntartójával kötött eltérő megállapodás hiányában – a jogosult tulajdonában van."

Ez látszólagos kivételt jelent, azonban itt már nem beszélhetünk szabadban élő állatokról.

A Vtv. 9. § (2) bek. szerint: "A vadászterületen elejtett, elfogott vad (ideértve annak trófeáját is) a hullott agancs, a szárnyas vad tojása, az elhullott vad teteme a jogosult tulajdonába kerül, kivéve ha a más vadászterületről átváltott sebzett vadat a jogosult hozzájárulásával ejtik el. Ez utóbbi esetben a sebzés helye szerinti jogosult tulajdonába kerül a vad."

Ezzel a rendelkezéssel az eredendően állami tulajdonban lévő vadon más szerezhethet tulajdonjogot, mégpedig az, akit a vadászatra jogosultság megillet.

A más vadászatra jogosult személyek körét a Vtv. 6. §-a határozza meg, amelyre később fogok kitérni.

Fontos megemlíteni a Legfelsőbb Bíróság PK. 5. számú állásfoglalását, amely a Vtv. 9. § (2) és (3) bek-ét az alábbiak szerint módosítja: "A vadászterületen elejtett, elfogott vad annak a jogosultnak a tulajdonába kerül, amelyiknek a vadászterületén az elejtés, elfogás, vagy elhullás történt, feltéve hogy a vadászati jogosultsága erre a vadra kiterjedt. Ilyen jogosultság hiányában a vadon az a más vadászterületen vadászatra jogosult szerez tulajdonjogot, amelyiknek a területéről a vad kiváltott, feltéve, hogy az elejtett, elfogott vagy elhullott vadra jogosult volt vadászni."

Így tulajdonképpen a vadászatra jogosultság korlátjára hívják fel a figyelmet, amelyet maga a Vtv. a 3. §-ban és a 8. §-ban állít fel (vadfajok és terület vonatkozásában).

Itt figyelhető meg a szoros kapcsolat a vadászati jogosultság és a tulajdonjogi rendelkezések között.

A Vtv. 9. § (3) bek-e rendezi azt az esetet, amikor nem a vadászterületen hullik el a vad. Ekkor az szerez tulajdonjogot, akinek a területéről a vad kiváltott, csak kétség esetre állapítja meg a törvény, hogy a fellelés helye szerinti legközelebbi vadászatra jogosult lesz a tulajdonos.

A tulajdonszerzéssel kapcsolatosan a Vtv. 9. § (5) és (6) bekezdései részletezik, hogy mi minősül elejtésének, illetve elfogásnak, amelyet természetesen a vadászatra jogosult oldaláról jelölnek meg. A Vhr. 4. §-a kiegészíti a korábbiakat azzal, hogy: "A vad elejtésének minősül az utánkereséssel terítékre kerülő vad megsebzése is."

Az utóbbi jelentheti azt, hogy a leadott első halálos lövés után már elejtettnek minősülő, de nem helyben maradt gímszarvas, dámszarvas, muflon, vaddisznó, őz után kereséssel veszik birtokba, apróvadaknál pedig a már helyben maradási eredményező lövés leadását követően szerzik meg.

A vadászatra jogosultat az alábbi rendelkezésekkel korlátozzák:

- Tilalmi időt állapít meg a vadászati hatóság egyes vadfajtáknál a az állatok kímélete és a szaporodásuk nyugalma érdekében. Ekkor is az azon a területen vadászatra jogosult szerez tulajdont, de ez nem marad büntetlenül.
- A veszélyeztetett vadfajok – amelyek a fajta fennmaradása miatt részesülnek védelemben – elejtése, elfogása esetén az állam szerez tulajdont és a rendelkezési jogot a természetvédelmi hatóság gyakorolja.
- Trófeás vad elejtése esetén a vadászatra jogosult csak a trófeabírálati igazolás birtokában szerezhet tulajdont.
- A vadászatra jogosult csak vadászterületen belül vadászhat, mivel azon kívül a tevékenysége hozzájárulás és még egyéb feltételek meglétének függvénye.

Ezeket a viszonyokat a következő oldalon lévő táblázat szemlélteti.

A vadászati jog és annak gyakorlása

A vadászati jog tartalmát a Vtv. 2–3. §-a határozza meg. Jogok és kötelezettségek összességéből áll, amiből a jogokat az alábbiakban jelöli meg:

- a vadászterületen szabadon élő vadnak az arra jogosult által történő elejtése, elfogása,
- a hullott agancs, valamint a vadászható szárnyas vad tojásának gyűjtése,
- továbbá az elhullott vad tetemének e törvény szerinti elsajátítása

A kötelezettségek pedig a következők :

- a vad, valamint élőhelyének védelme
- vadgazdálkodási kötelezettség.

A Vtv. 3. §-a a vadászati jogot a földtulajdon elválaszthatatlan részeként jelöli meg, ami a terület tulajdonosát illeti. Ezzel a rendelkezéssel az állam vadászati joga a nem állami területeken megszűnik, csak a vad tulajdona marad meg, de az e fölötti rendelkezési jogáról is lemond a Vtv. és a Ptk. korábban ismertetett rendelkezései szerint.

A vadászati jog jellege szerint kétfajta lehet .

Önálló, ha a vadászterület kizárólag egy személy – ideértve a magyar államot is – tulajdonában van [Vtv. 4. § (1) bek. a) pontja], valamint *társult*, ha a vadászterület több személy – ideértve a magyar államot is – tulajdonában van. Egymás közötti viszonyaikra a Ptk. közös tulajdonra vonatkozó rendelkezéseit (139. § – 144. §) kell alkalmazni.

Tulajdonjog a vadon		
Főszabály: állami tulajdon [Ptk. 128. § (1) bek.]		
Védett állat az állam tulajdonában marad, rendelkezésre jogosult a helyileg illetékes természetvédelmi hatóság.		
De a Vtv., mint speciális szabály, a Ptk rendelkezéseivel összhangban ezt az alábbiak szerint módosítja:		
VADÁSZTERÜLETEN		VADÁSZTERÜLETEN KÍVÜL
Vadászatra jogosult	Vadászatra nem jogosult	
<p>I. Elejtett, elfogott, elhullott vad a vadászatra jogosult tulajdonába kerül. Kiegészítés: LB. PK. 5. sz.: Feltéve, hogy a vadászati jogosultság a vadra kiterjed. Ennek hiányában az lesz a tulajdonos, akinek a területéről a kiváltott, feltéve hogy van rá vadászati joga.</p> <p>Tilalmi időben: a vadászatra jogosult szerzi meg a tulajdont, ennek azonban szankciója van.</p>	<p>Az általa elejtett, elfogott vad a vadászatra jogosult tulajdonába kerül, feltéve hogy van rá vadászati joga, ha nincs, azé lesz a tulajdon, ahonnan a vad kiváltott, feltéve hogy van rá vadászati joga.</p>	<p>Ha a vad vadászterületen kívül hullik el annak a vadászatra jogosultnak a tulajdonába kerül, akinek a vadászterületéről odakerült. <i>Kétség esetén</i> a fellelés helye szerinti legközelebbi vadászterület jogosultja a tulajdonos.</p>
<p>II. Ha a sebzett vad nem kerül át más területére, a vadászatra jogosult lesz a tulajdonos.</p>		<p>Ha a sebzett vad átkerül más területére az elejtés, elfogás, elhullás helye szerinti vadászatra jogosult lesz a tulajdonos, feltéve hogy vadászatra jogosultsága erre kiterjed. Ennek hiányában a vad azé lesz, ahonnan az kiváltott (általában a sebzés helye szerinti vadászatra jogosult tulajdonába kerül.)</p> <p>Kivétel: a más területéről átváltott sebzett vad tulajdon jogát csak a vadászatra jogosult hozzájárulásával szeresheti meg a sebzés helye szerinti vadászatra jogosult.</p>

A vadászati jogosultság

A vadászati jog gyakorlati megjelenése a vadászati jogosultság, így a két megjelölés szorosan kapcsolódik egymáshoz. A vadászati jogosultról szóló rendelkezései a törvénynek külön kiemeli a haszonbérlet, aki mind az önálló, mind a társult vadászati jogi formánál megjelenhet.

Az állam a vadászatra jogosultak között speciális helyzetben van, mivel helyette a tulajdonosi jogokat a pénzügyminiszter gyakorolja, a Kincstári Vagyon Igazgatóságon (a továbbiakban: KVI) keresztül, a KVI viszont ideiglenes vagyonkezelési szerződéssel részvénytársaságoknak adja át, amelyek felett felügyeleti jogot az Állami Privatizációs és Vagyonkezelő Rt. (ÁPV. Rt.) gyakorolja.

Ha a vadászterületen belül [amelynek minimális nagyságát a Vtv. 8. § (1) bekezdése határozza meg] több vadászatra jogosult is van, akkor az együttműködés céljából földtulajdonosi jogközösséget hozhatnak létre. Egymás közötti jogviszonyukra a Ptk. közös tulajdonra vonatkozó rendelkezései irányadóak. A kötelezettségek teljesítéséért a jogközösség lesz a felelős.

A vadászatra jogosultak hatósági nyilvántartásába a jogközösség közös képviselőjét jegyzik be. Az 1998. évi LXXVIII. tv. rendelkezése folytán külön meghatalmazás nélkül a hatósági igazolással rendelkező képviselő lép fel a hatóságnál, bíróságnál, harmadik személlyel szemben. E törvény rendelkezéseit megelőzően jogszabály nem rögzítette a képviselők jogállását, ami az eljárásjog szempontjából sok problémát okozott.

A földtulajdonosi közösség képviselőjének nem volt a bíróság előtt jogképessége. Így esetleges per kialakulásakor (pl. haszonbérlettel kapcsolatosan) az összes tulajdonos perbe kellett volna vonni, ami józan ésszel átgondolva is lehetetlen helyzetet teremtetett volna. Ugyanis hol kívánják azt a pert megtartani, ahol 5–6000 volt az érintett tulajdonos?!

Az is előfordulhatott, hogy nem földtulajdonosi közösséget hoztak létre a földtulajdonosok, hanem eleve jogi személyiséggel rendelkező szervezetet.

A tulajdonosi közösség és a szervezet viszonyára a Ptk. megbízási szerződésre vonatkozó rendelkezései az irányadóak; nagyon lényeges volt a képviselő jogait és kötelezettségeit precízen rögzíteni, annak érdekében, hogy a szervezet kifelé (pl. hatóság felé) átruházott jogot képviseljen.

Jobb esetben ezt próbálták úgy megoldani a földtulajdonosok, hogy képviseletükkel megbíztak jogi személyt (többségében egyesületként működő vadásztársaságot).

A földtulajdonosi közösség nyilvántartásba vételéhez az alábbiak szükségesek a Vhr. 2. § (4) bek. szerint:

- a vadászati jog gyakorlásának vagy hasznosításának módjáról, feltételeiről szóló megállapodás vagy haszonbérleti szerződés;
- működési szabályzat;
- házi szabályzat 1 példánya;
- vadászjeggyel rendelkező vadásztagok esetén a személyek névsora és a vadászjegyek sorszáma.

A vadászati jog gyakorlása

Önálló vadászati jogról akkor beszélünk, ha a vadászatra jogosult

- a törvényben előírt feltételek megléte esetén maga vadászik [ennek is külön feltételei vannak, így pl. szükséges: magyarországi állandó lakóhellyel rendelkező, nagykorú magyar állampolgár, akinek vadászatra jogosító hatósági engedélye van (vadászjegy, vadászati engedély) az ő tulajdonában áll a terület, vadász lőfegyver tartására érvényes engedélye van, állami vadászvizsgát tett, nem áll vadászjegyet visszavonó határozat hatálya alatt, érvényes bal-eseti felelősség biztosítással rendelkezik];
- az általa meghívott vadász számára biztosítja a vadászat lehetőségét;
- megállapodás alapján más vadász számára meghatározott fajú és darabszámú vad vadászatát (vendégvadász, bérvadász) biztosítja.

Külön rendelkezés található a magyar állam önálló vadászati jogára nézve, mivel azt csak vagyonkezelői vagy haszonbérleti szerződéssel hasznosíthatja. Társult vadászati jog esetében a tulajdonosi jogokat gyakorló szerv az illetékes miniszterrel egyetértésben teszi meg a nyilatkozatot.

A Honvédelmi Minisztérium kezelésében, illetőleg használatában levő területeket érintően a honvédelmi miniszter egyetértése is szükséges. A haszonbérleti szerződés megkötését megelőzően azonban országos napilapban nyilvános pályázat meghirdetése is szükséges.

A társult vadászati jog esetén a vadászatra jogosultnak a vadászterület tulajdonosainak közösségét kell tekinteni, de itt is lehetséges ez a jog átengedése haszonbérleti szerződéssel, vagy vendégvadászat, bérvadászattal történő hasznosítás.

A törvény ezt követően tárgyalja a földtulajdonosi közösségek megalakulásának és működésének kérdéseit. A probléma azonban az, hogy a törvény arra pontosan nem ad választ, melyek a kötelező és esetleg ajánlott tartalmi elemei egy ilyen közösséget létrehozó szerződésnek.

Csak arról rendelkezik, hogy a földtulajdonosok a tulajdoni hányad arányában szótöbbséggel határoznak :

- képviselet formájáról, képviselő személyéről,
- vadászterület határának megállapítására irányuló kérelem előterjesztéséről,
- vadászati jog gyakorlásának, hasznosításának módjáról, amelyet a törvény a közösség kizárólagos hatáskörébe utalja, és meghatározza az ezzel kapcsolatos eljárási rendet.

A gyakorlatban nagyon fontos rendelkezni a közös képviselőről szóló határozatban a megbízatása idejéről és terjedelméről, feladatairól, jogairól, kötelezettségeiről. Nélkülözhetetlen a földtulajdonosi közösség működésével kapcsolatban felmerülő kérdésekről rendelkező működési szabályzat megalkotása, mert e nélkül gyakran csődbe mehet a közösség. A megalkotáson felül lényeges, hogy a működési szabályzat elfogadása és módosítása is kizárólagos hatáskörbe kerüljön. A részletesen kidolgozott szabályzat lehetővé teszi, hogy a későbbiekben ne kelljen mindenről külön határozatot hozni.

A szabályzat egy lehetséges vázlata :

1. Személyi, tárgyi hatály.
2. A közösség jogállása.
3. A közösség hatásköre.
4. A tulajdonosok nyilvántartása, jogaik, kötelezettségeik, a közösség működésének általános szabályai.
5. A közös képviselő jogai, kötelezettségei – Így legalább számon kérhetővé válik, hogy mit vállalt, és ő is tudja azt. Megbízatásának célszerű időtartalma 10 év, a vadgazdálkodási ütemterv idejére szól.
Megbízatása megszűnésének objektív (elhalálozás, időmúlás) és szubjektív (lemondás, visszavonás, visszahívás) okainak rögzítése.
Rendelkezni kell, hogy hiánypótlás esetén ki és hogyan végzi el.
Beszámoltatásáról, felelősségéről, visszahívásáról is célszerű rendelkezni.
Kapcsolattartása hatóságokkal és harmadik személyekkel. Beadványok elkészítése, nyilvántartás vezetése, elszámolási feladatai. Díjazásában is célszerű megállapodni.
6. A határozathozatali eljárás rendje:
 - közgyűlés összehívása,
 - képviseleti és tulajdoni jogosultság igazolása,
 - szavazati jog
 - közgyűlés levezetése, jegyzőkönyvezés
 - szavazati arányok megállapítása
 - határozat
 - jogorvoslat
7. Egyéb.

A vadászati jog haszonbérlete

A Vtv. 15. § (1) bekezdése meghatározza, hogy a Ptk. (452–461. §) rendelkezéseit kell a jelen esetben is alkalmazni az e törvényben megjelölt eltérésekkel.

Ennek megfelelően a haszonbérelő a vadászati jog időleges használatára jogosult és ennek fejében köteles haszonbért fizetni a haszonbérbe adónak.

A Vtv. 15. § (2) bekezdése szerint, ha a haszonbérlet tárgya mezőgazdasági földterület, csak akkor terjed ki a haszonbérlet, ha a felek kifejezetten ebben megállapodtak.

A szerződés alanyai :

1. haszonbérbe adó (önálló, vagy társult vadászati joggal rendelkező)
2. haszonbérbe vevő, aki:
 - vadászjeggyel rendelkező tagokból álló egyesület
 - vadásztársaságok vadászjeggyel rendelkező érdekképviselői szerve
 - illetve kizárólagosan belföldi tulajdonban levő mező- vagy erdő birtokossági ágazatba sorolt gazdasági társaság, közhasznú társaság, szövetkezet, erdő birtokossági társulat, feltéve ha a vadászterület több mint felét mezőgazda-

sági, erdőgazdálkodási, vagy természetvédelemmel összefüggő gazdasági tevékenység folytatása céljából használja.

A Vtv. 16. § (1) bekezdés c) pontja kiemeli, hogy kizárólagosan belföldi tulajdonú szervezet tagjai lehetnek haszonbérletk.

A (2) bekezdés korlátozása szerint viszont egy haszonbérlet csak egy vadászati jogra köthet szerződést.

A szerződés alanyaival kapcsolatos problémával foglalkozik a Legfelsőbb Bíróság 1998/529. számú határozata. E szerint: *„A vadászati jog hasznosításából származó – más szerződő felek között létrejött szerződés alapján járó – haszonbérleti díj átengedését az önkormányzat nem igényelheti”* [1961. évi VII. tv. 32. §, 1990. évi LXV. tv. 82 § (1) bek. f) pont, 43/1993. (VII. 2.) AB sz. határozat].

Az alperes – mint vadászati jog üzemi kezelésben történő hasznosítására kijelölt szerv – a megyei 1. sz. vadászterületet – amelyből 3441 hektár a városi önkormányzat felperes közigazgatásai területére esik – 1980-ban haszonbérbe adta a C. Mgtasz. Vadásztársaságnak.

A felperes módosított keresetében 2.288.054.-Ft, 1992–1994. évi haszonbérleti díj megfizetésére kérte az alperes kötelezését. Az I. fokú bíróság a felperes keresetét elutasította, a II. fokú bíróság azonban megváltoztatta ezt döntést, és kötelezte az alperest 1.064.000.-Ft és kamata, valamint 1.223.441.-Ft és kamata megfizetésére. A II. fokú bíróság ítéletét a helyi önkormányzatokról szóló 1990. évi LXV. törvény (a továbbiakban: Ötv.) 82.§-a (1) bekezdésének f) pontjára alapította, amely szerint az önkormányzat közigazgatási területén a vadászati jog értékesítéséből származó bevétel az önkormányzat saját bevételét képezi. Az alperes – mint a vadászati jog haszonbérbeadására kijelölt szerv – a kapott haszonbért e törvényi rendelkezés alapján köteles kiadni a felperes részére.

A jogerős ítélet ellen az alperes élt felülvizsgálati kérelemmel, kérve az ítélet hatályon kívül helyezését, és az I. fokú bíróság ítéletének helybenhagyását. A felülvizsgálati kérelemben kifejtett jogi álláspont szerint a II. fokú bíróság tévesen értelmezte a vonatkozó jogszabályokat és az Alkotmánybíróság 43/1993. (VII. 2.) AB sz. határozatát. Helyes értelmezés mellett ugyanis a vadászati jog hasznosításából származó bevétel csak akkor képezi az önkormányzat bevételét, ha van olyan terület, amelyen vadászati jog hasznosítására az önkormányzat jogosult.

A felperes felülvizsgálati ellenkérelme a jogerős ítélet hatályában való fenntartására irányult.

A felülvizsgálati kérelem alapos.

A II. fokú bíróság a tényállást helyesen állapította meg, az általa egyébként helyesen felhívott jogszabályok és az Alkotmánybíróság 43/1993. (VII. 2.) AB sz. határozatának téves értelmezésével azonban helytelen jogi álláspontot foglalt el, amikor arra a következtetésre jutott, hogy az Ötv. 82. §-a (1) bekezdésének f) pontja megalapozza az önkormányzatoknak azt a jogát, hogy a vadászati jog értékesítésére jogosult más jogalanyoktól a kapott haszonbér átengedését követelhessék.

A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint helyes értelmezés mellett az Ötv. 82. § (1) bek. f) pontja alapján csak akkor minősül vadászati jog értékesítéséből származó bevétel az önkormányzat saját bevételének, ha maga az önkormányzat lenne jogosult a vadászati jog hasznosítására, vagyis ha ő maga lenne a haszonbérbeadó. Erre azonban az önkormányzatnak a perbeli időszakban az erdőkről és vadgazdálkodásról szóló

1961. évi VII. tv. módosított 32. §-ának (1) bekezdésében írt külön törvényi rendelkezés hiányában nem volt lehetősége. Az Ötv. 82. §-a (1) bekezdésének f) pontja nem tekinthető olyan kifejezett jogszabályi rendelkezésnek, amellyel az állam átengedte volna az önkormányzatoknak a vadászati jog hasznosításából származó bevételt.

Arra tehát az önkormányzatnak nincs joga, hogy a más szerződő felek között megkötött szerződés alapján járó szerződéses ellenérték (haszonbérleti díj) átengedését igényelje. A 8005/1991.(F.M.É. 22.) FM-tájékoztatóban kifejtett ezzel ellentétes állásponttal a Legfelsőbb Bíróság nem ért egyet.

Csak megjegyzi a Legfelsőbb Bíróság, hogy az Alkotmánybíróság 43/1993. (VII. 2.) AB. sz. határozata nem tartalmaz ezzel ellentétes álláspontot, mert az Alkotmánybíróság azt rögzítette, hogy az Ötv. 82. §-ában felsorolt bevételek csak akkor képezik az önkormányzatok saját bevételeit, "ha van ilyen bevételük". Az Alkotmánybíróság egyébként nem foglalt állást az Ötv. 82. §-a (1) bekezdésének f) pontja mikénti értelmezésével kapcsolatban, hanem – alkotmányellenesség hiányában – jogalkalmazói jogértelmezésre utalta a kérdést, tekintettel arra, hogy "a jogalkalmazás hivatott eldönteni, hogy a konkrét jogviszonyokban az ellentétet (látszólagos ellentétet) hordozó rendelkezések közül melyik törvényhely alkalmazásával kell eljárni."

A Legfelsőbb Bíróság a konkrét ügyben az I. fokú bíróság jogszabályértelmezésével értett egyet, míg a II. fokú bíróság jogi álláspontját tévesnek találta. Ezért a Pp. 274. §-ának (4) bekezdése értelmében tárgyaláson kívül hozott ítéletével Pp. 275/A. §-ának (2) bekezdése alapján a jogerős ítéletet hatályon kívül helyezte, és az I. fokú bíróság ítéletét hagyta helyben.

A szerződés alakszerűsége:

A Ptk. által a haszonbérleti szerződésre előírt alakszerűségi követelmény, azaz az írásbeliség a vadászati jog haszonbérlete esetén is irányadó.

A szerződés tartalma:

A korábbi haszonbérlet elővásárlási jog illeti meg. Gyakorlására a Ptk. elővásárlási jogra vonatkozó rendelkezései az irányadók. Tulajdonképpen a haszonbérlet a haszonbérbe vevőhöz intézett egyoldalú nyilatkozatával a szerződést meghosszabbíthatja, az új ajánlatot magáévá teheti. Amennyiben elővásárlási jogát figyelmen kívül hagynák, kérheti a bíróságtól jogosultságának, illetve a szerződés érvénytelenségének megállapítását.

A szerződés kötelező tartalmi elemeit a Vtv.17. § (1) bek. állapítja meg.

A szerződésnek tartalmaznia kell :

- becslés alapján a haszonbérbe adás időpontjában a vadászterületen élő vadállomány faj- és darabszámát;
- a vadászterületen található vadgazdálkodási és vadászati létesítmények leírását, azok tulajdoni, illetőleg használati viszonyait, a létesítési, illetőleg a fenntartási költségek viselését;
- a haszonbérlet kötelezettségvállalását arról, hogy a haszonbérleti szerződés időtartama alatt a vadállományt a jóváhagyott vadgazdálkodási üzemtervnek megfelelő szinten tartja;

- a szerződésben foglaltak teljesítésének biztosítására szolgáló mellék-kötelezettség vállalását;
- haszonbérleti díj mértékét.

Fontos rendelkezése a törvénynek ugyanezen szakasz második bekezdése, amely a díj mértékét illetően tartalmaz megkorlátozást: "A haszonbérleti díj mértékét az adott vadászterület vadállományának összetételére, a terület hasznosítási módjára tekintettel kell megállapítani."

Ha a szerződés tárgya mezőgazdasági művelés alatt álló terület is, akkor célszerű a haszonbér mértékét úgy meghatározni, hogy az

- aranykorona értékneként fix összegű legyen,
- vagy természetben határozzák meg azt, így például aranykorona értékneként meghatározott mennyiségű terményt (például búzát) szolgáltatasson a haszonbérlet a haszonbérbe adónak.

Az utóbbi módon történő meghatározás különösen előnyös lehet ha a haszonbérlet személye a Vtv. 16. § c) pontjában megjelölt szervezet.

A szerződés jóváhagyása:

A haszonbérleti szerződéseket az aláírástól számított 60 napon belül a vadászati hatóságnak jóváhagyás végett be kell mutatni, és mellékelni kell a vadgazdálkodási ütemtervet is. Ezek együttesen kérelemnek is minősülnek a haszonbérlet nyilvántartásba vételére.

A hatóság a jóváhagyás során vizsgálja az egy főre eső terület nagyságát, amelynél a minimális értéktől kivételesen eltekinthet, de a 100 hektáros alsó határ megállapítása esetén is legalább 30 főnek kell a haszonbérletbe vevői oldalon állnia. (30 fő együttműködése viszont rendkívül problémás lehet, nem biztos, hogy nehézség nélküli).

A vadászati hatóságnak a határozata bírósági úton megtámadható, ami kedvezőbb esetben a határozat megváltoztatását is eredményezheti.

A szerződés megszűnései:

- a határozott idő lejár (amiben a szerződő felek megállapodtak), ennek hiányában az ütemterv érvényességi ideje, azaz 10 év, mint határozott idő jár le. A határozatlan időre kötött szerződés ugyanis bizonytalanságot eredményezne. A haszonbérlet befektetései és hosszú távú gazdálkodási szempontjai elbizonytalanodnának a jogviszony bármikor történő megszüntethetősége tükrében. Nem igaz, hogy a határozatlan idejű szerződés a haszonbérlet tisztességes és szakszerű gazdálkodásra ösztönzi, ez csak akkor lenne elvárható, ha ez idő alatt valóban sajátjaként gazdálkodhatna. Nem véletlen a Ptk-nak a termőföldek esetében is a határozott időre vonatkozó meghatározása.
- haszonbérlet megszűnik (3 hónap után; ha a jogutód igényét nem érvényesíti, akkor ezt követő 30 nap után; a jogutód 3 hónapon belül egyoldalú nyilatkozatával változatlan feltételek mellett folytathatja a joga gyakorlását, feltéve, ha az ehhez szükséges törvényi feltételekkel rendelkezik).
- közös megegyezéssel.

A rendes megszűnési okokat tekintve a törvény rögzíti azt is, hogy az okszerű gazdálkodás mértékéig az új haszonbérelő köteles megtéríteni a korábbi haszonbérelő által létesített vadgazdálkodási, vadászati rendeltetésű létesítmények, berendezések ellenértékét.

Ezek körét a 28/1996 (X.10.) FM rendelet 10 §-a szabályozza, amelyek a következők:

- vadetető, szóró, szózó;
- mesterségesen létesített vaditató, illetőleg dagonya;
- épített les;
- vadkárelhárító kerítés;
- vadaskert kerítése;
- nem szállítható vadbefogó;
- a vadászterületen található apróvad tenyésztési létesítmények.

A Vtv. 16. § (3) bekezdésének célja az elvitel helyett azok visszahagyása és ellenértékük megtérítésének előtérbe helyezése. (Természetesen ez nem luxusszintű berendezésekre vonatkozik, mivel az nem szolgálná az okszerű gazdálkodás körét, hanem a szükséges és hasznos berendezések körére utal, illetve azok élettartamának és állapotának megfelelő árra.)

A jogszabály nem említi a vadászházat a vadászati rendeltetésű létesítmények, berendezések között. Az új vadászgazda így nem köteles azt átvenni és értékét megtéríteni, az tulajdonképpen megállapodás tárgya.

A szerződés rendkívüli felmondása Vtv. 17. § (4) bekezdése szerint:

- a haszonbérleti szerződésben vállalt, valamint az e törvényben írt kötelezettségeit a teljesítésre megfelelő határidőt tartalmazó felszólítás ellenére sem teljesíti, és ezáltal a vadászati jog szakszerű hasznosítását a mező-, és illetőleg erdőgazdálkodás, a mesterséges vizekben folytatott halászat, valamint a természetvédelem érdekeit súlyosan veszélyezteti (ez jogi garancia a haszonbérbe adó földtulajdonos kezében a vadállomány védelmére);
- a vadászati jogot alhaszonbérletbe adja (a vendégvadászat és a bérvadászat nem minősül ennek);

A rendkívüli megszűnés esetén a törvény nem tartalmazza a jogkövetkezmények felsorolását. Így a Vtv. 15. §-a szerint a Ptk. rendelkezései lépnek be, amelynek 457. § (3) bekezdése azt mondja ki, hogy:

- ha a haszonbérelő 3 napon belül nem veszi tudomásul az azonnali hatályú felmondást a haszonbérbe adó további 8 napon belül bírósághoz fordulhat
- ha nem így jár el a felmondás hatályát veszti.

A (4) bekezdés még azt is előírja, hogy a felmondás csak írásban érvényes.

Megmagyarázhatatlan viszont az, hogy ha valaki úgy dönt, hogy termőföldjét 10 évre haszonbérbe adja, a haszonbérelő pedig szerződés szerint megfizeti a haszonbérleti díjat és jogszerűen, és szakszerűen gazdálkodik, a haszonbérleti szerződést nem lehet felmondani arra hivatkozással, hogy a bérbeadó meggondolta magát, és talán mégis előnyösebb lenne az ingatlanát más célra hasznosítani, vagy haszonbérlet nélkül elad-

ni. Polgárjogi és általános jogállamisági alapelv, hogy a szerződéseket be kell tartani. Ezzel ellentétes álláspont ahhoz vezet, hogy a polgárok elbizonytalanodnak abban, hogy az állam valóban garantálja-e a szerződések betartásához és a forgalom biztonságához fűződő alapvető társadalmi igényt.

A vadászati jog kényszerhasznosítása

Utalással a vadászati jog tartalmára, az nemcsak jogokat, hanem kötelezettségeket is jelent. A tulajdonosok egyik ilyen kötelezettsége a hasznosítás. Ha erről felszólítása ellenére sem rendelkeznek, akkor a vadászati hatóság határozattal dönthet a vadkárok megelőzése és a vadállomány védelme érdekében (tehát csak kivételesen, ha a törvényi feltételeknek nem tesznek eleget).

A Vtv. 27. § (1) és (2) bek-e szerint a következők szerint járhat el:

- megállapítja a vadászterület határát;
- elrendelheti, hogy a vadászterületnek minősülő föld tulajdonosa – társult vadászati jog esetén annak tulajdonosai – a vadászati jog haszonbérbe adásáról a vadászati hatóság által megállapított határidőig kössön szerződést, mely határidő elmulasztása esetén a haszonbérleti szerződést a vadászati hatóság képviselője az érintett tulajdonosok törvényes képviselőjeként köti meg.

A Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága a 1302/b/1996/3 sz. határozatában 1997. december 22-én *alkotmányellenesnek* mondta ki az 1996. évi LV. tv. 27. § b) pontját, és ezt 1998. december 31-i hatállyal *megsemmisítette*.

Az alkotmánybírósági megsemmisítés indokolása szerint a tv. 27. § (1) bekezdésének b) pontja “második fordulatóban meghatározott intézkedés elvonja az érintett ingatlantulajdonosok rendelkezési jogát, mivel ex lege törvényes képviseleti jogot biztosít a vadászati hatóságok számára, amelynek képviselője az ingatlantulajdonosok helyett jogosult megkötni a haszonbérleti szerződést a vadászati hatóság által kiválasztott haszonbérlettel és a vadászati hatóság által megállapított időig. Kivételesen alkalmazott végső eszközként még a rendelkezési jog elvonása is alkalmazható lenne, de csak kizárólag akkor, ha azt a törvényalkotó megfelelő garanciákkal veszi körül.”

Így a törvény a módosítás folytán pótolja azokat a garanciákat, amelyek a hatóság kényszerintézkedéssel összefüggésben csak a legszükségesebb mértékig korlátozzák a tulajdonos rendelkezési jogát. A vadászati jog kényszerhasznosításáról rendelkező közigazgatási döntési jogköröket meghatározó szabályok pedig kiegészültek azokkal a szempontokkal, illetve mércével, amelyek alapján a döntés jogszerűsége a jogorvoslati eljárás keretében felülvizsgálható:

- megállapíthatja a vadászterület vadgazdálkodási üzemtervét,
- megállapíthatja a vadászterület éves vadgazdálkodási tervét,
- gondoskodhat az időszerű vadgazdálkodási,illetőleg vadvédelmi mnkálatok elvégzéséről,
- hatósági vadászatot rendelhet el.

Amennyiben az érintett tulajdonosok a vadgazdálkodási üzemterv érvényességének lejáratát megelőző 60. napig nem hoznak érvényes határozatot, a vadászati hatóság –

bármely tulajdonos kérelmére – elrendelheti a vadászati jog kényszerhasznosítását, az erről szóló határozatát a vadászati hatóság 15 napon belül hozza meg. Ezt a határozatot közszemlére tétel útján is közölheti, vagy fellebbezésre tekintet nélkül azonnal végrehajthatóvá nyilváníthatja. *(Megjegyzés: mindezek lehetőségek, de nem kötelezettségek a vadászati hatóság kezében arra, hogy kikényszerítse a hasznosítást a tulajdonosoktól. Ez azonban a törvény céljával nehezen egyeztethető össze, mivel egyes földtulajdonosok javára kivétel tételére adhat alkalmat.)*

Szankciós jellegű rendelkezés a Vtv. 27. § (4) bek., miszerint, ha a hasznosításról a jogosult nem gondoskodik, és kényszerhasznosításra kerülne sor, akkor az elejtett vad, illetve annak trófeája értékesítéséből származó bevételből a felmerülő költségeket meghaladó részre tarthat csak igényt. *(Megjegyzés: Gyakran azonban a költségek felémésztek az értékesítésből származó teljes összeget, így a jogosultnak igénye nem lehet, ellenben vele szemben igény keletkezik a nem fedezett költségrész vonatkozásában.)*

Összegzés

A magyar erdő jövőbeni sorsa, egészsége – többcélúsága, természet-közelisége, tulajdonlása, a benne folyó gazdálkodás – minden magyar állampolgárt érdekelhet, és több mint hétszázezer erdőtulajdonost érint, több erdőszakembernek biztosít munkát.

Szükséges a felelős és etikus tulajdonosi magatartás, a távlatos gondolkodás, a szakszerűség érvényesülésének segítése.

Társadalmi érdek az erdők stabilitásának fenntartása.

Az új vadászati törvény lehetőséget adott arra, hogy a földtulajdonosok közvetlenül maguk gyakorolják a vadászati jogukat. Ezzel a lehetőséggel azonban nem mindenki tudott élni, mivel gyorsan kellett cselekedni, és kevés volt az információ. Sokak szerint nem volt elegendő idő a törvény áttanulmányozására, megértésére, és a végrehajtási rendelete is később jelent meg (1996. VI. 18. Az Országgyűlés általi elfogadás, és 1997. III. 1-től hatályos tv.)

A megalakulás nehéz feladata akár vadásztársaság, akár földtulajdonosi közösség esetén is az összhang megteremtése a vadgazdálkodás és a földtulajdonosi érdek között volt. Előfordult, hogy még a területek tulajdonosai sem ismerték igazán a társasághoz tartozó terület adottságait (pl. vadeltartó képességét, ami a vadászati ütemterv elkészítéséhez nélkülözhetetlen).

A vadászat viszont egyre drágább "szórakozás". Szűkül az a réteg, mely megengedheti magának, hogy vadásszon. Sokszor a magyar vadásztársaságok is kényszerből értékesítik a vadászati lehetőségeiket, annak érdekében, hogy a tagság is vadászhaszon, azonban ennek is tetemes ráfordítás áll a háttérben. A szállás, az utazás, ellátás megfelelő színvonalú biztosítása nem egyszerű feladat, az infrastruktúra kiépítése sok pénzbe kerül.

Ebben a helyzetben azonban sok veszélyt láthatunk. Félő, hogy aki meg tudja fizetni a drága fegyvert, felszerelést, tagdíjat, vadászjegyet, az már nem a magyar vadászat érdekeit tartja szem előtt, hanem azt, hogy mit kap a pénzéért.

A rendszerváltás utáni átalakulás nem tett jót a magyar vadállománynak, és a magyar vadászat hírnevének. Az egykoron vadászati nagyhatalomnak számító Magyaror-

szág már nem olyan vonzó a külföldi vendégvadászok körében, mint régen. A vadlét-szám apad, miközben egyre nagyobb verseny bontakozik ki a vadászturizmusban.

Az állam bábáskodása megszűnt a vadászat felett, a korábban vadparadicsommá alakított állami vadászterületek megnyíltak, privatizálták őket. A felmérések szerint ma már hiányzik a vadállománynak az a bázisa, amely az elmúlt évek veszteségeit pótolhatná.

Tudatos, tervszerű, és szigorúan ellenőrzött erődgazdálkodás szükséges. Fel kellene oldani a vadászat és természetvédők ellentétét.

A kistulajdonosok érdekeltségére is nagyobb hangsúlyt szükséges fordítani.

A külföldiekkel érzékelteni lehetne, hogy "minden értük van" (ez a rentábilis gazdálkodás feltétele lehet).

Sok-sok kérdés vár még megoldásra, de amíg erdők lesznek, lesznek erdőügyek és nem mindegy viszont, hogy azok erdőépítők, vagy erdőrombolók.

Felhasznált irodalom

Magyar Mezőgazdaság, 1996. VII. 10., 6. p.

MIKÓ ZOLTÁN – VAJAI LÁSZLÓ – CS. NAGY ANIKÓ: *A vad védelméről, vadgazdálkodásról szóló törvény*. Cent könyvek, Bp. 1996.

Nimród, 4/1997. 4. p.; 5/1997. 5. p.; 9/1997. 4. és 12. p.; 3/1999. 4. és 12. p.; 9/1999. 4. p.)

Számadás, 1996. X. 31., 21. p.; 1998. II. 26., 3. és 6. p.; 1999. IV. 8., 21. p.; 2000. VI. 08., 7. p.

ZOLTÁN ÖDÖN : *A magyar vadászat jogi rendje*. Bp., 1978.

ZOLTÁN ÖDÖN : *A vadászati törvény elé*. Magyar Jog 7/1993 .

ZOLTÁN ÖDÖN: *A vadgazdálkodás és a vadászat jogi rendje*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Bp., 1997.

ANIKÓ BEZDÁN

ÜBER EINIGE FRAGEN DER JAGD IM SPIEGEL DER WIRKSAMEN REGELUNGEN

(Zusammenfassung)

Die Verfasserin nimmt die geschichtliche Entwirkung der Jagdrechtsnormen und ihren Platz im Rechtssystem als Ausgangspunkt ihrer Abhandlung. Die Analyse der gegenwärtigen Lage basiert in erster Linie auf den wirksamen Rechtsnormen und der richterlichen Praxis. Es wird dabei auf grundsätzliche Fragen wie Eigentumsrecht des Wildes, Jagdrecht und Jagdrechtsausübung eingegangen.

Die Pachtung des Jagdrechtes, insbesondere Partner und Inhalt eines Pacht-vertrags, das Lösen des Vertrags und nicht zuletzt die Probleme der Zwangsnutz-anwendung des Jagdrechts bilden je einen weiteren Punkt der Analyse. Zum Schluss wird in einem kurzen Resümee auf die Erforderlichkeit von rechtlichen Garantien für eine zukunftsorientierte Denkweise hingewiesen.

Az új ingatlan-nyilvántartási törvény egyes alapelveinek gyakorlati kérdései

Bevezető

Az új – illetve újrakodifikált – jogszabályok legfőbb mércéje mindig a gyakorlati alkalmazás, a jogalkalmazók, a gyakorló jogászok és a jogkövető állampolgárok kontrollja, s mindenekelőtt a fejlődő társadalmi, gazdasági viszonyok elvárásainak való megfelelés. Az ingatlanok egységes nyilvántartására vonatkozó előírásokat meghatározó jogszabályok¹ 1973. január 1. napjától 1999. december 31. napjáig – 28 éven át – voltak hatályban. A több, mint negyedszázadnyi idő alatt az Itvr. szövegét tizenkilenc alkalommal kellett a változó társadalmi igényekhez igazítani, míg a Vhr. tizennégy módosítást élt meg. Az idén januárban – egyéves halasztást követően – hatályba léptetett új törvény² már túl van az első módosításain, eredeti, kihirdetett változatában³ soha nem lépett hatályba.

A törvény eredeti hatályba lépési időpontját az a feltételezés indokolta hogy 1999. január 1-ig a kárpótlás és a szövetkezeti közös használatú földek kiadásának folyamata lezárul, valamint a földhivatalok részéről a számítógépes nyilvántartásra való áttérés megtörténik. Tekintettel arra, hogy határidőre egyik feltétel sem teljesült, így a hatálybalépést az 1999. évi költségvetésről szóló 1998. évi XC. törvény 112. §-a elhalasztotta.⁴ A törvényhozó átmeneti megoldást választva azon termelőszövetkezeti ingatlanok tekintetében, ahol a földkiadás folyamata nem zárult le, fenntartotta a régi – a jogosult

¹ Az 1972. évi 31. törvényerejű rendelet az ingatlan-nyilvántartásról (Itvr.) és a végrehajtására kiadott 27/1972 (XII.31.) MÉM rendelet (Vhr.).

² Az ingatlan-nyilvántartásról szóló 1997. évi CXLI. törvényt (Inytv.) az országgyűlés az 1997. december 2-i ülésnapján fogadta el.

³ A törvény a Magyar Közlönyben 1997. december 17. napján került kihirdetésre, majd ezt követően az 1998. évi XC. törvény, az 1999. évi CXIX. törvény, valamint az 1999. évi CXXV. törvény módosította a szövegét. Időközben megjelent a részletszabályokat meghatározó új végrehajtási jogszabály, a 109/1999. (XII.29.) FVM rendelet, amellyel fennmaradt a korábbi konstrukció, miszerint a magasabb szintű jogszabály elsősorban az anyagi jogi, elvi jelentőségű, míg az ún. Vhr. az alaki, vagyis eljárási jellegű szabályokat tartalmazza.

⁴ A miniszteri indoklás szerint erre azért volt szükség, mert "a törvény már nem rendelkezik a szövetkezeti földhasználati jogról és megváltoztatta az ingatlanok nyilvántartásának módját is. Az új törvény már teljes egészében a reál föltium elvén alapul, tehát minden ingatlant önálló tulajdoni lapon kell nyilvántartani. A szövetkezeti közös használatú földek nyilvántartása ettől eltérően a perszonal föltium elve szerint történik. A részarány-kiadás folyamatának lezárultáig ez a nyilvántartási mód nem változtatható meg, ezért szükséges a törvény hatályba lépésének időpontját egy évvel későbbre halasztani."

személyéhez (a szövetkezethez) igazodó – nyilvántartási rendszert, azonban egyéb ingatlanok vonatkozásában az új törvény szabályai az irányadóak.

Jelen tanulmány célja a törvény hatálybalépésétől eltelt rövid idő alatt a törvény legfontosabb alapelvei – bejegyzés, nyilvánosság, közhitelesség, okirati elv – vonatkozásában felmerült, teljesen újnak nem mondható gyakorlati problémák, s az új jogintézményekhez kapcsolódóan felvetődő kérdések áttekintése. Az ismertetett módosítások felvetik a kérdést: indokolt volt-e az Európai Unió jogharmonizációs törekvések által indukált gyors, elhamarkodott törvényalkotás. A kérdés megválaszolása előtt át kell tekinteni az új törvény legfontosabb szabályait, különös tekintettel arra is, hogy az ingatlan-nyilvántartás szabályozása tekintetében ún. közösségi jogról⁵ nem beszélhetünk, helyette a különböző nyilvántartási rendszereket kell megvizsgálnunk.

Ingatlan-nyilvántartási rendszerek

Az ingatlanok nyilvántartására a világon, de akár szűkebb környezetünkben Európában is rendkívül sokszínű módszerek alakultak ki, melyek alaptípusait a jogirodalom ingatlan-nyilvántartási (telekkönyvi) rendszernek nevez.⁶ Jójárt László négy alapvető telekkönyvi rendszert különít el.⁷

- Angol-amerikai rendszer, ahol a tulajdonszerzési láncot kell igazolni, nincs kötelezően használandó telekkönyv, nincs bejegyzés. Megjegyzendő, hogy Angliában folyamatos jogalkotói törekvés volt a kötelező használatú, s főként nyilvános telekkönyv bevezetése iránt.⁸
- Torrens-system, amely konstitutív hatályú telekkönyvi bejegyzéseken alapul. Ez a rendszer Ausztráliában alakult ki és később Kanada is átvette.
- Francia – ún. publikációs rendszer, amelyben a “nyilvántartás célja bemutatni az ingatlan aktuális jogi helyzetét, a nyilvánosságra hozott okiratok alapján.”⁹
- Közép-európai telekkönyvi rendszer (Németország, Ausztria, Magyarország), ahol hagyományosan két nyilvántartást vezettek párhuzamosan, a bíróságok a telekkönyvi nyilvántartást, míg államigazgatási szervek az adózás alapjául szolgáló ingatlankatasztert.¹⁰

⁵ Vannak szerzők, akik ezzel ellentétben jogharmonizációs törekvésekről írnak. Közöttük kell megemlíteni PRUGBERGER TAMÁST, aki elsősorban az egységes nyilvántartás megszüntetésében – a bíróság által vezetett telekkönyv, és a földhivatalok által vezetett kataszteri nyilvántartás szétválasztásában – látja a közösségi joghoz való közelítést. (Gazdaság és jog. 2000. június, 6. szám 23–24. p.)

⁶ KAMPIS GYÖRGY: *Telekkönyvi jog*. KJK, Budapest, 1963. 11–42. p.

⁷ Elhangzott 2000. április 13. napján az ELTE Jogi Továbbképző Intézete által szervezett, Az új ingatlan-nyilvántartási törvény alkalmazása a gyakorlatban c. előadássorozaton.

⁸ KAMPIS: i. m. 36–39. p.

⁹ KAMPIS: i. m. 31. p.

¹⁰ Hazánkban ezt a két rendszert szervezték egységes ingatlan-nyilvántartássá 1972-ben.

Kampis György a telekkönyvi rendszereket a következőképp csoportosítja:¹¹

1. A bejegyzések hatálya szempontjából:

- a) Jogkeletkeztető hatályú, konstitutív telekkönyvi rendszer
- b) Jognyilvánító hatályú, deklaratív telekkönyvi rendszer.

2. A nyilvántartás tárgya szempontjából:

- a) Ingatlanokat és az azokra vonatkozó jogokat nyilvántartó rendszer.
- b) Az ingatlanokkal kapcsolatos jogügyletekre vonatkozó okiratokat nyilvántartó rendszer.
- c) Vegyes rendszer, amely mindkettőt nyilvántartja.

3. A nyilvántartás kötelező ereje szempontjából:

- a) Obligatórius rendszer.
- b) Fakultatív rendszer.

Az Inytv. ingatlan-nyilvántartási rendszere

Az Inytv. 1. § (1) bekezdése alapján „a törvény a gépi adatfeldolgozású ingatlan-nyilvántartás szabályait határozza meg. A gépi adatfeldolgozású ingatlan-nyilvántartás az 1972. évi 31. törvényerejű rendelettel bevezetett ingatlan-nyilvántartásnak gépi adathordozóra változtatlan formában felvett tartalma.” A törvény idézett rendelkezése szerint a nyilvántartás számítógépen történik, ugyanakkor az eljárás továbbra is okiratok alapján zajlik. Ezt támasztja alá a miniszteri indoklás is, amely szerint „a gépi adatfeldolgozású nyilvántartásként az azt kezelő számítástechnikai eszköz képernyőjén a korábbi törvényerejű rendelettel bevezetett ingatlan-nyilvántartás teljes tartalma változtatlan formában jelenik meg. A számítástechnikai eszközökre telepített ingatlan-nyilvántartásnak a jogkereső közönség számára egyértelműen olvashatónak és értelmezhetőnek, továbbá az igényeknek megfelelően kinyomtatott formában is megjeleníthetőnek kell lennie.”¹²

A hatályos ingatlan-nyilvántartást a Kampis Györgytől származó, fent idézett szempont-rendszerben elhelyezve a következőket állapíthatjuk meg:

- Főszabály szerint a magyar ingatlan-nyilvántartás *konstitutív hatályú*, azaz az ingatlanokhoz kapcsolódó – a későbbiekben részletezett – legfontosabb jogok a földhivatalok által vezetett nyilvántartásba történő bejegyzéssel keletkeznek.
- A törvény több szempontból is *vegyes rendszert* szabályoz. Egyrészt nem kizárólag az ingatlanokat és a hozzájuk kapcsolódó jogokat és jogilag jelentős tényeket tartja nyilván (a tulajdoni lapon), hanem az azok alapjául szolgáló okirati bizonyítékok nyilvántartására okirattárat létesít, bár ez utóbbira a nyilvánosság és közhitelesség elvei csak korlátozottan terjednek ki. Másrészt azáltal, hogy változtatlan tartalommal átveszi az Itvr. alapján létrehozott

¹¹ KAMPIS: i. m. 39–41. p.

¹² Az 1997. évi CXLI. törvény miniszteri indoklása.

nyilvántartást az annak 1 § (3) bekezdésében foglaltak szerint “az ingatlan-nyilvántartás az alapja a földeket érintő nemzetgazdasági és üzemi tervezésnek, a rendeltetésszerű földhasználat és az ingatlanforgalom ellenőrzésének, a területrendezésnek, a statisztikai adatgyűjtésnek, valamint egyes pénzügyi kötelezettségek megállapításának.”

- A magyar ingatlan-nyilvántartás a hagyományoknak megfelelően, a hatályos jog szerint is *obligatorius*, használata kötelező mind a jogszerzők, mind az állami jogalkalmazó szervek számára.

E szempont-rendszer egyes elemein túlmenően megállapíthatjuk, hogy az új törvény fenntartja az ingatlan-nyilvántartás egységességét, teljességét is. Az egységességről és annak kialakulásáról már volt szó, míg a teljesség alatt az Inyvtv. 2. § (1) bekezdése alapján azt értjük, hogy “az ingatlan-nyilvántartás településenként tartalmazza az ország valamennyi ingatlanának e törvény szerint meghatározott adatait, az ingatlanhoz kapcsolódó jogokat és jogi szempontból jelentős tényeket. Az ingatlan-nyilvántartás tartalmazza továbbá az oda bejegyzett személyeknek a nyilvántartáshoz szükséges, e törvényben meghatározott, személyazonosító és lakcímadatait is.”

Egységes fogalomként Lenkovics Barnabás a következőkben látja az ingatlan-nyilvántartás lényegét: „olyan külső eszközök, amelyek harmadik személy számára a jogbiztonság látszatát valósítják meg, és felmentik a harmadik személyt attól a kötelezettségtől, hogy a látszat mögött a jog tényleges fennállását vizsgálnia kelljen.”¹³ A magyar ingatlan-nyilvántartás fogalmát Kurucz Mihály a következők szerint foglalja össze:¹⁴ „A magyar ingatlan-nyilvántartás közigazgatási ügykörben – a körzeti földhivatalok által – vezetett, meghatározott körben jogkeletkeztető hatállyal bíró, közhiteles, publikus ingatlanleltár, amely az ország egész területére és minden ingatlanára kiterjed.” E megfogalmazás frappánsan összesíti az ingatlan-nyilvántartás törvényi jellemzőit, s csak némely fogalmi elemével szemben van helye “az ellenkező bizonyításának”.

Az alapelvek

A törvény változatlanul érvényesíti azokat a klasszikusnak tekinthető, a telek-könyvből eredő alapelveket, amelyek eddig is jellemezték az ingatlan-nyilvántartást. Kurucz Mihály megfogalmazásában: „az ingatlan-nyilvántartás konkrét szabályai rendszerező alapelvekre épülnek, amelyek egyben a nyilvántartás tartalmi és működési vázát alkotják. Az alapelvek leglényegesebb tartalmi vonása az, hogy a nyilvántartás minden joghatályát tartalmazzák.” Természetesen a tanulmány terjedelme nem teszi lehetővé valamennyi klasszikus alapelv vizsgálatát, így a bejegyzés, közhitelesség, nyilvánosság, okirati elv körében keresem a gyakorlatban felmerülő problémákat.

¹³ LENKOVICS BARNABÁS: *Magyar polgári jog. A dologi jog vázlata*. Eötvös József Kiadó, Budapest, 1999. 153. p.

¹⁴ KURUCZ MIHÁLY: *Az ingatlan-nyilvántartási jog az új törvény után*. Ügyvédek Lapja XXXIX. évf. 2000/2. sz. 3. p.

A bejegyzés elve

Az ingatlan-nyilvántartásról szóló törvény a bejegyzés fogalmát, mint összefoglaló elnevezést használja, azonban a törvény szövege e tekintetben nagyfokú jogalkotói következtetlenségre vall. Az eljárás fogalmának meghatározásánál a 25. § (1) bekezdése a „változás vezetése” elnevezést használja „a jogok bejegyzésére, a tények feljegyzésére, valamint az ingatlan adataiban bekövetkezett változások átvezetésére” összefoglaló elnevezésként. A 16. § a bejegyezhető jogokról, míg a 17. § a feljegyezhető tényekről szól, ezzel szemben a bejegyzés elvének meghatározásánál már nem tesz különbséget a bejegyzés és a feljegyzés között, hanem a bejegyzés fogalmat használja.¹⁵

Szladits a telekkönyvet „joghatásos nyilvántárvénynek”¹⁶ nevezte, amely elnevezés a bejegyzés elvének lényegét ragadja meg. A bejegyzési elv mai alapját a Ptk. 117. § (3) bekezdése adja, eszerint „ingatlan tulajdonjogának az átruházásához az erre irányuló szerződésen vagy más jogcímen felül a tulajdonosváltozásnak az ingatlan-nyilvántartásba való bejegyzése is szükséges”. Fogalmazhatunk úgy is, hogy a tradicionális rendszeren alapuló tulajdoni jogi rend feltételezi a bejegyzési elv érvényesülését, azonban annak érvényesülése szempontjából különbséget tesz a bejegyzés hatálya tekintetében. A Ptk. idézett rendelkezése alapján az ingatlan tulajdonjogának származékos – átruházás útján történő – megszerzése esetén az új tulajdonos tulajdonjogát az ingatlan-nyilvántartási bejegyzés keletkezteti. Ez esetben úgynevezett jogkeletkeztető (konstitutív) hatályról beszélhetünk, szemben a konszenzuális elven felépülő tulajdonjogi rendszerek által használt deklaratív hatállyal. A konstitutív hatály esetén a bejegyzésnek a felek közötti jogviszonyban is jelentősége van, hiszen annak megtörténtéig a tulajdonjog, egyéb jogok jogosultjának csak kizárólag kötelmi igénye van a bejegyzésre.

Az ingatlan-nyilvántartásba bejegyezhető jogok köre zárt, az Inyvt. 2. § – a nyilvántartás tartalmának meghatározása során – a jogok felsorolását taxatívnak tekinti.¹⁷ Az Inyvt. rögzíti, hogy kizárólag törvény rendelkezhet a 16.§-ban meghatározott jogokon, illetőleg a 17. §-ban felsorolt tényeken kívül más jog bejegyzéséről, tény feljegyzéséről. A bejegyezhető jogok körét a 16. § a-j) pontjai,¹⁸ míg a feljegyezhető tények

¹⁵ „Jogok és tények bejegyzése” megfogalmazást tartalmazza a 49. § (1) bekezdése, az 52. § (1) bekezdése, sőt a fellebbezés ténye tekintetében az 56. § (4) bekezdése feljegyzésről, míg az 57. § (4) bekezdése már bejegyzésről beszél.

¹⁶ SZLADITS KÁROLY: *A Magyar Magánjog vázlati I–II.* Grill Károly Könyvkiadóvállalata Budapest, 1933. 233. p.

¹⁷ Ezzel ellentmondani látszik, hogy a Ptk. lehetővé teszi a kézirátlog jog létesítését ingatlanok esetében, amely szintén ingatlan-nyilvántartási bejegyzéssel jön létre. Az Inyvt. 16. § az ingatlan kézirátlog jog bejegyzésére azonban nem ad lehetőséget.

¹⁸ Inyvt. 16. § Az ingatlan-nyilvántartásba az ingatlanhoz kapcsolódó következő jogok, illetőleg annak jogosultjai jegyezhetők be:

- a) tulajdonjog, illetőleg állami tulajdonban álló ingatlan esetében az állam tulajdonosi jogait gyakorló szervezet és a vagyonnevelői jog;
- b) a lakásszövetkezeti tagot megillető állandó használati jog;
- c) megállapodáson és bírósági határozaton alapuló földhasználati jog;
- d) hasznélvezeti jog és használati joga;
- e) telki szolgalmi jog;
- f) állandó jellegű földmérési jelek, földminősítési mintaterek, valamint villamosberendezések elhelyezését biztosító használati jog, továbbá vezetékgazdálkodási és bányászati jog, valamint törvény rendelkezésén alapuló közérdekű szolgalmak és használati jogok;

körét a 17. § a-u) pontjai¹⁹ sorolják fel. Mindkét § tekintetében az 1999. évi CXIX. törvény a kihirdetett szöveghez képest változást hozott. A törvény kihirdetett szövegében felsorolt bejegyezhető jogok között szerepelt a haszonbérleti jog és a halászati jog tekintettel arra azonban, hogy a törvény hatálybalépésekor már mindkét jogot külön – a földhivatalok által vezetett földhasználati nyilvántartás, illetőleg az Országos Halászati Adattár – nyilvántartás tartalmazza, így szükségképpen kikerültek a 16. § szövegéből. Az Itvr. szabályozásához képest a jogok új intézményként jelent meg az állam tulajdonában lévő ingatlanok esetében az állam tulajdonosi jogait gyakorló szervezet és a vagyonkezelői jog.

A *jogkeletkeztető hatály* az ingatlanokra bejegyezhető jogok teljes körénél nem érvényesül, az Inyvtv. 3. § (1) bekezdése alapján „Egyes jogok az ingatlan-nyilvántartásban a tulajdoni lapra történő bejegyzéssel keletkeznek.” A második bekezdés sorolja fel azokat a jogokat, amelyek kizárólag az ingatlan-nyilvántartásba történő bejegyzéssel jöhetnek létre. E szerint „a bejegyzés keletkezteti az átruházáson alapuló tulajdonjogot, továbbá a szerződésen alapuló vagyonkezelői jogot, földhasználati jogot, haszonélvezeti jogot és a használat jogát, a telki szolgalmi jogot, a jelzálog jogot (önálló zálogjogot).” Az idézett rendelkezés megkülönbözteti az átruházáson alapuló tulajdonjogot, a konstitutív bejegyzés körébe tartozó egyéb jogoktól. Ez a rendelkezés a Ptk. 117. §-val van összhangban, hiszen a szerződésen kívüli más jogcím – így pl. a házastársi vagyonszövetség, kártérítés, jogalap nélküli gazdagodás – is eredményezheti tulajdonjog átruházását.

Minden egyéb esetben a tulajdonjog ingatlan-nyilvántartási bejegyzés nélkül, azaz az ún. telekkönyvön kívüli módon keletkezik. Természetesen a kötelező használat miatt ez esetekben is szükséges a bejegyzés, kizárólag annak hatálya eltérő. Ez esetekben ugyanis a bejegyzés funkciója harmadik személyek tájékoztatása, a bejegyzés nem feltétele a jogszerzésnek, azonban a bejegyzett jog, feljegyzett tény csak az ingatlan-nyilvántartásban történő megjelenésétől kezdődő hatállyal fejt ki jogi hatását. A bejegyzéseknek ez az ún. *deklaratív hatálya* az Inyvtv. 3. § (1) bekezdésének „egyes jogok” megfogalmazásából vezethető le. Kurucz bejegyzésnek ezt a típusát – idézett művében – „jogérvényesítést megalapozó” hatálynak nevezi, tekintettel arra, hogy a harmadik személyek irányában érvényesíti a bejegyzett jogot, vagy feljegyzett tényt. A deklaratív hatályú jogok körét negatív irányból, az Inyvtv. 16. § alapján határozhatjuk meg azzal, hogy ilyen bejegyzésnek tekinthető valamennyi jog, amely nem konstitutív, azaz jogkeletkeztető hatállyal kerül bejegyzésre. E körbe tehát elsősorban a jogszabályon, illetőleg hatósági határozaton alapuló bejegyzések tartoznak, továbbá ide sorolhatók az elő-, és visszavásárlási jog, vételi jog, végrehajtási jog, vezetékgigók. A deklaratív hatállyal bejegyzendő tények körét az Inyvtv. 17. § (1) bekezdés l)–u) pontjai tartalmazzák.²⁰

g) elő- és visszavásárlási, valamint vételi jog;

h) tartási és életjáradéki jog;

i) jelzálogjog (önálló zálogjog);

j) végrehajtási jog.

¹⁹ Az ingatlan-nyilvántartásba bejegyezhető tények körét a bejegyzésének hatályára vonatkozó résznél tárgyalom.

²⁰ A deklaratív hatállyal bejegyzendő tények:

l) bírósági ítéleten alapuló tulajdoni korlátozás;

Az Inyvtv. 3. § (3) bekezdése a deklaratív hatály²¹ egy speciális altípusát határozza meg, amikor a „*törvényben meghatározott egyes jogok és jogilag jelentős tények bejegyzése a későbbi jogszerzők szerzését korlátozza, vagy feltételelessé teszi.*” A jogirodalom a bejegyzésnek ezt a speciális hatályát *processzív*, vagy *jogóvó hatálynak* nevezi. A Vhr. 86. § (4) bekezdése a processzív hatályú bejegyzések tekintetében előírja, hogy az ilyen hatállyal bejegyzett jogok, illetőleg tényeket követő bejegyzéseknél a határozatban utalni kell a bejegyzések függő hatályára. A processzív vagy jogóvó hatályú bejegyzések tekintetében a Vhr. ad iránymutatást, amely alapján processzív hatállyal kerül bejegyzésre a Vhr. 21. §-ában meghatározott végrehajtási jog, a 22. §-ban meghatározott felszámolási eljárás, illetőleg végelszámolás megindításának ténye, a 23. § (2) bekezdésében meghatározott bírósági ítéleten alapuló tulajdoni korlátozás, a 29. §-ban meghatározott perindítás tényének feljegyzése, illetőleg a 31. §-ban meghatározott zárlat feljegyzése.

Egyes jogok vagy tények jellemzője, hogy csak más jogok vagy tények bejegyzésével egyidejűleg, ún. *konjunktív hatállyal* kerülhetnek az ingatlan-nyilvántartásban feltüntetésre. Ide sorolható a telki szolgalmi jog, ahol a Vhr. 12. §-a alapján egyidejűleg kell feltüntetni az uralkodó telek tulajdoni lapjának első részén a szolgalmi jogosultságot és a telek tulajdoni lapjának III. részén utalni kell az uralkodó telekre.

A visszavásárlási jog bejegyzése a Ptk. 374. § (1) bekezdésével összhangban szintén konjunktív hatállyal a tulajdonjog bejegyzésével egyidejűleg történik [Vhr. 14. § (2) bekezdés]. E csoportba sorolható még az elidegenítési és terhelési tilalom, amelyet a Ptk. 114. § (2) bekezdése alapján szerződéssel csak a tulajdonjog átruházásának alkalmazásával lehet kikötni, s az ingatlan-nyilvántartásban fel kell tüntetni azt a jogot is, amelynek védelmét szolgálja.²² A gyakorlatban sajnos elég gyakori, hogy elidegenítési és terhelési tilalom úgy kerül bejegyzésre valamely pénzügyi intézmény jelzálogjogának biztosítására, hogy az az idézett törvényhellyel ellentétben nem tulajdonjog átruházásával egyidejűleg történik. Ilyen esetekben a földhivatalnak a bejegyzést el kellene utasítania. Természetesen ez alól kivétel az az eset, amikor a hitel biztosítására jogszabály írja elő az elidegenítési és terhelési tilalom bejegyzését. E körbe tartoznak a lakásvásárlási hitelek, illetőleg a külön jogszabály alapján a jelzáloghitelt biztosító bejegyzések.

m) bírósági vagy hatósági határozaton alapuló telekalakítási és építési tilalom elrendelése, valamint egyéb építészeti korlátozás;

n) a szerződésen vagy végintézkedésen alapuló elidegenítési és terhelési tilalom;

o) az e törvényben meghatározott perek és büntetőeljárás megindítása;

p) árverés kitűzése;

q) a zárlat, zár alá vétel, zár alá vételt megelőző biztosítási intézkedés;

r) tulajdonjog fenntartással történt eladás;

s) a törölt zálogjog ranghelyének fenntartása, illetve a ranghellyel való rendelkezés jogáról történő lemondás;

t) jelzálogjog ranghelyének előzetes biztosítása;

u) ranghely megváltoztatása.

²¹ Kovács László a konstitutív hatály változatának tekinti a jogóvó hatályú bejegyzéseket. Vö. KOVÁCS LÁSZLÓ: *Új törvény az ingatlan-nyilvántartásról*. Közegyzők Közlönye 10/1998. 2. évf. 10. 2–17. p. Ez a besorolás véleményem szerint nem helyes, mert bár valóban egyes esetei konstitutív hatállyal bejegyezhető jogokhoz kapcsolódnak, azonban az eljárás jogi hatály miatt inkább tájékoztató jellegű, dekoratív hatályúnak kell tekinteni. A szerzők többsége ezt az álláspontot képviseli, lásd bővebben KAMPIS: i. m. 99. p. és KURUCZ i. m. 17. p.

²² A Ptk. 587. § (1) bekezdésén alapuló tartási jog, az azt biztosító elidegenítési és terhelési tilalom, az eltartó tulajdonjogának bejegyzésével egyidejűleg kerülhet bejegyzésre [Vhr. 28. § (2) bekezdés].

Konjunktív hatállyal kell továbbá bejegyezni a Vhr. 23. § (1) bekezdése alapján azokat a tulajdoni korlátozásokat, amelyek a tulajdonjog bejegyzésének időpontjában fennállnak.

Végezetül azon jogok vagy tények bejegyzését, amelyeknek ingatlan-nyilvántartási feltüntetéséhez joghatály nem fűződik, ún. *informatív hatályú* bejegyzéseknek nevezzük, amelyek a bejegyzés elmaradása esetén is változatlan joghatállyal rendelkeznek. Az Inyvtv. 17. § (2) bekezdés alapján informatív hatállyal kerülnek feljegyzésre a 17. § (1) bekezdés a)-k) pontjában felsorolt tények.²³ Ezen, informatív hatállyal bejegyzésre kerülő tényekhez a következőkben néhány gyakorlati jellegű megjegyzést fűzök:

- A *kiskorúság, vagy gondnokság alá helyezés* ténye a jogosult személyéhez kapcsolódik. A kiskorúság tényének feltüntetése, s így önálló tényként történő nevesítése felesleges, hiszen a jogosult adatai között a születési év szerepel, sok esetben a bejegyzések a hónapot, napot is tartalmazzák. A bejegyzés alapjául szolgáló okirat tartalmazza a jogosult személyi számát is, amely csak a jogosult kifejezett engedélyével tekinthető meg, ugyanakkor tartalmazza a születés pontos adatait is. Ezekből az adatokból egyszerűen megállapítható az, hogy ha a jogosult kiskorú, s tekintettel arra, hogy a törvény alapján nem hivatalból feltüntetendő tényről van szó, így a gyakorlatban kevés esetben fordul elő, általában a bejegyzési kérelemben nem kéri ennek feljegyzését. A gondnokság alá helyezés a polgári perrendtartás 309. § (2) bekezdésén alapul, amely előírja, hogy a bíróságnak ítéletében rendelkezni kell a gondnokság alá helyezésnek az ingatlan-nyilvántartási bejegyzéséről.
- A *felszámolás, végelszámolás ténye* feljegyzésének alapját a csődeljárásról, felszámolási eljárásról és végelszámolásról szóló 1991. évi II. törvény biztosítja. A törvény 38. § (1) bekezdése a felszámolás tekintetében nem egyértelműen rendelkezik a felszámolás ingatlan-nyilvántartási feltüntetéséről, míg a 67. § a) pontja a végelszámoló részére egyértelmű bejelentési kötelezettséget határoz meg.
- Az Inyvtv. 17. § (1) bekezdés m) pontjában meghatározott bírósági vagy hatósági határozaton alapuló *telekalakítási és építési tilalom elrendelése*, valamint egyéb építésügyi korlátozás tényének alapját az 1997. évi LXXVIII. törvény 20. §-a képezi. E tény feljegyzése tekintetében fontos változás az Itvr.-hez képest, hogy korábban e tény az ingatlan-nyilvántartásban infor-

²³ "a) a jogosult kiskorúsága vagy gondnokság alá helyezése,

b) a jogosulttal szemben megindított felszámolási eljárás, végelszámolás;

c) a külföldi székhelyű vállalkozás fióktelepének, kereskedelmi képviselőjének cégjegyzékből történő törlése;

d) kisajátítási és telekalakítási eljárás megindítása;

e) a fellebbezés és a földhivatali határozat elleni bírósági jogorvoslati kérelem;

f) bejegyzés alapjául szolgáló vagy azzal kapcsolatos bírósági határozat ellen benyújtott bírósági felülvizsgálati kérelem;

g) az ingatlan jogi jellege;

h) bejegyzés iránti kérelem elutasítása;

i) épület létesítésének vagy lebontásának a ténye;

j) az eljárás felfüggesztésének a ténye;

k) jogerős hatósági vagy bírósági határozattal megállapított tartós környezetkárosodás ténye, mértéke és jellege."

matív hatállyal bírt. A jelenleg hatályos törvény 15. § (2) bekezdése a deklarativ hatállyal feljegyzésre kerülő tények közé sorolja vagyis az elrendelő hatóság köteles intézkedni az ingatlan-nyilvántartás feljegyzés iránt, ellenkező esetben a jogviszony jogszerzőben szemben nem lehet érvényesíteni. Ez a változás a közhitelesség tekintetében egy indokolt és célszerű lépés volt, a jogalkotó részéről különös tekintettel arra is, hogy ilyen esetekben az építési hatóság mulasztása miatt e korlátozások gyakran a ingatlan-nyilvántartásból nem voltak kiolvashatóak, kizárólag az építési hatóságnál volt megtekinthető.

- Az épület lebontása, vagy létesítése külön tényként történő szabályozása szintén feleslegesnek tűnik, hiszen ezek inkább adatnak minősülnek, s a tényként való meghatározásuk megkérdőjelezhető. Amennyiben a jogalkotó e tény szabályozásával az építés vagy a bontás folyamatának ingatlan-nyilvántartási jelzését kívánta megvalósítani, úgy célszerűbb lett volna az építési engedély, vagy bontási engedély kiadásának tényét feltüntetni, amely a valósággal egyezőség érvényesülését is jobban segíti, hiszen a nyilvántartás könnyebben tud igazodni egy hatósági határozathoz, mint a bontás vagy az építés folyamatban létehez.

Összefoglalva: a bejegyzés elvének lényege tehát a bejegyzések, feljegyzések jogi hatályával vannak összefüggésben, jogi hatályuk eredményezi, vagy korlátozza az ingatlan-nyilvántartás legfontosabb hatását a közhitelességet.

A törvényben meghatározott nyilvánosság

A nyilvánosság elve alapvetően a közhitelesség elvének érvényesülését segíti elő, hiszen az ingatlan-nyilvántartásban feltüntetett adatokról, a bejegyzett jogokról, illetőleg a feljegyzett tényekről a jogalanyok akkor bírnak megfelelő információval, ha a törvény az ingatlan-nyilvántartáshoz megfelelő nyilvánosságot fűz. A telekkönyvi irodalom különbséget tesz az alaki nyilvánosság és az anyagi nyilvánosság között, amelyek közül az előbbi azt jelenti, hogy az ingatlan-nyilvántartásban szereplő adatokat meg lehet tekinteni, míg az utóbbi a bejegyzésekhez kapcsolódó jogi hatást jelenti, amely a magyar jogban a közhitelesség elvének felel meg.

Az Inyvt. 4. § (1) bekezdése alapján „az ingatlan-nyilvántartás – az e törvényben meghatározottak szerint – nyilvános.” Az „e törvényben meghatározottak szerint” kitétel tulajdonképpen a nyilvánosságnak az Inyvt.-ben meghatározott korlátait jelenti. E rendelkezés alapján a törvény az ingatlan-nyilvántartás egyes részeinek az alábbi nyilvánosságot biztosítja.

1. A tulajdoni lap korlátlanul nyilvánosnak tekinthető, a 4. § (2) bekezdése alapján tartalma korlátozás nélkül megismerhető, biztosított a megtekintés, a feljegyzéskészítés, vagy a másolatkérés joga.
2. Az ingatlan-nyilvántartási térkép szintén korlátlanul megtekinthető, arról hiteles térképmásolat kérhető.
3. Az okirattár nem korlátlan, tehát nem bárki által megtekinthető. Ez alól az alábbi kivételek vannak, amikor a korlátlan nyilvánosság érvényesül:

- megtekinthető a bejegyzés alapjául szolgáló okirat tartalma, az okirat tartalmára tulajdoni lapon lévő bejegyzésben hivatkozás történik;
- az ingatlan természetben meghatározott részére történik a bejegyzés, s a természetbeni rész meghatározására vonatkozó tartalom az okiratban található, ez esetben a természetbeni körülírással kapcsolatos rész akkor is megtekinthető, ha arra a tulajdoni lap utalást nem tartalmaz;
- a jogosult magánokiratba vagy közokiratba foglalt engedélyével történik a betekintés, illetőleg a betekintő a jogi érdekét valószínűsíti;

A problémát e körben főként az okozza, hogy a tulajdoni lapokon szereplő bejegyzések rendszerint túl szűkszavúak, s ezért a gyakorlatban egy-egy ingatlan jogi helyzetéről csak az okirattár megtekintése esetén nyerhető teljes körű valós kép.

4. A tulajdonosok jegyzéke (névmutató) kizárólag a jogosult magánokiratba vagy közjegyzői okiratba foglalt engedélyével, illetőleg jogi érdek valószínűsítése esetén ismerhető meg. Kivételt képez ez alól a bíróság, az ügyészség, illetőleg a nyomozó hatóság, azonban a gyakorlatban problémát okoz és egyes főhivatalok esetében – így pl. Bács-Kiskun-megyében – gyakori, hogy az önálló bírósági végrehajtók részére a tulajdonosok jegyzékének megtekintését nem teszik lehetővé, amely adott esetben az ingatlan végrehajtásokat akadályozza.
5. Külön kiemeli a törvény a jogosult személyazonosítóját, amely a nyomtatott formában megjelölt tulajdoni lap másolatokon nem szerepelhet, s kizárólag a jogosult engedélye alapján tekinthető meg.

A nyilvánosság korlátozásának problematikája tulajdonképpen – mint ahogyan a közhitelességnél erről esik szó – az, hogy az ingatlan-nyilvántartás egyes, közhiteles részei tekintetében a teljes körű nyilvánosságot nem biztosítja, így tulajdonképpen a közhitelességet korlátozhatja.

A közhitelesség

A közhitelesség elve a Ptk. 116. § (2) bekezdéséből vezethető le, amely kimondja, hogy „az ingatlan-nyilvántartás ha a jogszabály kivételt nem tesz a tulajdonjog és más jogosultságok fennállását hitelesen tanúsítja.” Az ingatlan-nyilvántartási törvény 5. § (1) bekezdésének a közhitelesség elvét deklaráló első mondata szűkíti a közhitelesség tárgyát a Ptk.-hoz képest és csak a „bejegyzett jogok és feljegyzett tények” tekintetében tekinti az ingatlan-nyilvántartást közhitelesnek. *„Az ingatlan-nyilvántartás – ha törvény kivételt nem tesz – a bejegyzett jogok és a feljegyzett tények fennállását hitelesen tanúsítja.”* A Ptk. 685. § a) pontjában megfogalmazott értelmező rendelkezés alapján jogszabálynak minősül a törvény és a kormányrendelet, valamint törvény felhatalmazása esetén – megszorításokkal – az önkormányzati rendelet is. Az ingatlan-nyilvántartási törvénynek – a kihirdetés és hatálybalépés – között módosított 5. § (1)

bekezdése a közhitelesség elve alól csak törvény által megállapított kivételeket ismeri el,²⁴ így a Ptk. idézett szabályával ellentmondásba kerül.

A közhitelességet erősíti a cognitio vétele, melyet a törvény 5. § (1) bekezdés második mondata ekként fogalmaz meg: „*ha valamely jogot az ingatlan-nyilvántartásba bejegyeztek, illetve, ha valamely tény oda feljegyeztek, senki sem hivatkozhat arra, hogy annak fennállásáról nem tudott.*” Az ingatlan-nyilvántartás ismertségét kimondó, megdönthetetlen vélelmet korábbi jogunkban egyes szerzők²⁵ a nyilvánosság elvének keretében tárgyalták. E vélelem biztosítja egyébként az ingatlan-nyilvántartás kötelező használatát is, hiszen a telekkönyvi jóhiszeműség szempontjából nagy jelentősége van az ingatlan-nyilvántartás adatainak, illetőleg az oda bejegyzett jogok és feljegyzett tények megtekintésének.

A közhitelesség elve biztosítja a bejegyzési elvnel már tárgyalt joghatások – mint az ingatlan-nyilvántartás joghatályának – érvényesülését is. A telekkönyv (ingatlan-nyilvántartás) joghatásait Szladits az alábbiak szerint foglalta össze²⁶:

„A telekkönyv tartalmához joghatások is fűződnek. Ezek alapján háromfélék:

- a) Eljárási jogi hatás.
- b) Jogváltóztató hatás.
- c) Közbizalmi hatás.”

Ez a „klasszikus” felosztás tükröződik a hatályos ingatlan-nyilvántartási törvény 5. §-ának felépítésében is. A közhitelességet a Ptk.-val némileg összhangban, némileg ellentmondásban – deklaráló első bekezdés után az 5. § (2) bekezdése az ingatlan-nyilvántartás eljárási jogi hatását fogalmazza meg: „*az ellenkező bizonyításáig az ingatlan-nyilvántartásba bejegyzett jogról és feljegyzett tényről vélelmezni kell, hogy az fennáll, és az ingatlan-nyilvántartás szerinti jogosultat illeti meg. A jogok, tények törlése esetén – az ellenkező bizonyításáig – azt kell vélelmezni, hogy azok nem állnak fenn.*” Az idézett törvényhely két megdönthető vélelmet állít fel az ingatlan-nyilvántartás tartalma mellett. Az első vélelem pozitív irányban hat, ez alapján a jogok, tények fennállását kell vélelmezni, míg a második vélelem negatív irányú, vagyis törlés esetén azt kell vélelmezni, hogy a jogok, tények nem állnak fenn. A vélelmek eljárási jogi hatása abban áll, hogy eldönti mindkét esetben, hogy kire irányul a bizonyítási teher. A két vélelem a teljesség elvét is magában hordozza, hiszen az ellenkező bizonyításáig úgy kell tekinteni, hogy csak az ingatlan-nyilvántartásban rögzített tények, jogok léteznek, ebből kifolyólag, ami ott nem szerepel, az úgy tekinthető, hogy nem is létezik.

Az Inyvtv. 5. § (3)–(5) bekezdései a Szladits-féle megfogalmazásban az ún. közbizalmi hatást fejezi ki, vagyis a jog védelmet nyújt az ingatlan-nyilvántartást – a nyilvánosság elve alapján – igénybe vevő, abban jóhiszeműen megbízó személyek részére. A törvény 5. § (3) bekezdése kimondja, hogy „*a jóhiszemű szerző javára az ingatlan-nyilvántartást – az ellenkező bizonyításáig – az oda bejegyzett jogok és feljegyzett té-*

²⁴ Az ingatlan-nyilvántartási törvény kihirdetett szövege egyébként nem is tartalmazta a „ha a törvény kivételt nem tesz” kitétel, ezzel azonban számos ingatlan-nyilvántartáson kívül bekövetkező jogváltozást nem ismert volna el. Érdekeség, hogy az Alkotmánybíróság a 15/1995. (III.13.) AB határozat az Itvr. közhitelességre vonatkozó rendelkezését éppen e tekintetben módosította, s a „ha jogszabály kivételt nem tesz” szövegrészt elhagyta a tvr. rendelkezéséből.

²⁵ KAMPIS: i. m. 86. p.

²⁶ SZLADITS: i. m. 233. p.

nyek tekintetében akkor is helyesnek és teljesnek kell tekinteni, ha az a valóságos helyzettől eltér. Az ingatlan-nyilvántartási eljárásban jóhiszemű jogszerzőnek minősül az, aki az ingatlan-nyilvántartásban bízva, ellenérték fejében szerez jogot.” A bekezdés első része a jóhiszemű szerzőt érintő védelmet, míg második része a jóhiszemű szerző ingatlan-nyilvántartási fogalmát adja.

A jóhiszemű szerzőt a törvény két oldalról részesíti védelemben, egyrészt a pozitív vélelem tekintetében, az esetleges helytelen, valóságtól eltérő bejegyzések oldaláról pozitív védelmet nyújt, vagyis a bejegyzést helyesnek kell tekintetni. Másrészt a negatív vélelemhez kapcsolódóan az ingatlan-nyilvántartás tartalmát akkor is teljesnek kell tekinteni, ha ez nem valós, tehát ez negatív oldalról védi a jóhiszemű jogszerzőt. A jóhiszeműség fogalmát a törvénynek azért kell megfogalmaznia, mert a Ptk. nem tartalmaz általános jóhiszeműségi védelmet. A jóhiszeműséget azonban nem a földhivatali eljárásban kell vizsgálni, hiszen itt nem kontradiktórius, hanem okiratok alapján zajló, szűk körű bizonyítási eljárásról van szó. A jóhiszeműséggel szemben az ellenbizonyításnak polgári perben van helye.

„Az ingatlan-nyilvántartáson kívül jogot szerző személy, illetve az ingatlan-nyilvántartásból törölt jog vagy tény jogosultja nem érvényesítheti megszerzett jogát az ingatlan-nyilvántartásba bejegyzett, illetőleg az őt rangsorban megelőző, jóhiszemű jogszerzővel szemben.” Az 5. § (4) bekezdés a jóhiszemű jogszerző részére biztosít védelmet az ingatlan-nyilvántartáson kívül szerzővel, illetőleg az ingatlan-nyilvántartásból törölt jog vagy tény jogosultjával szemben. Ez esetben a törvény az utólag felmerülő helytelenségtől védi a jogosultat. A Ptk. 116. § (1) bekezdése alapján az ingatlan tulajdonos a tulajdonjogot ingatlan-nyilvántartáson kívül szerezte, igényt tarthat arra, hogy az ingatlan-nyilvántartás feltüntesse a tulajdonjogát. A Ptk. 121. § (5) bekezdése az elbirtoklás – mint az ingatlan-nyilvántartáson kívüli jogszerzés – esetében írja elő az ingatlan-nyilvántartási bejegyzést. A Ptk. egyéb ingatlan-nyilvántartáson kívüli jogszerzéseknél azonban nem teszi egyértelművé a jóhiszemű jogszerzők védelmét, így ez a közhitelességnek korlátja és mint a későbbiekben látni fogjuk informatív hatállyal kihatnak a közhitelességre.

Az 5. § (5) bekezdés szerint „érvénytelen okiraton alapuló bejegyzés alapján a jóhiszemű harmadik személy javára bejegyzett jog, illetőleg feljegyzett tény a ranghelyére irányadó időponttól számított három év eltelte után az ingatlan-nyilvántartásból nem törölhető.” Az érvénytelen okiraton alapuló bejegyzés alapján szerző jóhiszemű jogszerző javára megkérdőjelezhetetlen jogot biztosít a törvény 3 év elteltével. A három éves határidő az Inytv. 62., illetőleg 63. §-ában szabályozott törlési per objektív keresetindítási határidejével van összefüggésben, azonban a határidő kezdő időpontja tekintetében a törvény ellentmondásos. Az 5. § (5) bekezdése ugyanis akként fogalmaz, hogy a 3 év kezdete a ranghelyre irányadó időpont – tehát a bejegyzési kérelemnek az ingatlan-nyilvántartásba történő beérkezése –, míg a 63. § (2) bekezdése alapján a jogosult bejegyzésétől számított 3 év a törlési per indítására nyitva álló határidő. A törlési pert az indíthatja, aki az ingatlan-nyilvántartásból „kiesett”. Abban az esetben, ha nincs harmadik jogszerző az ingatlan-nyilvántartásból kiesett személy a bejegyzés alapjául szolgáló okirat érvénytelensége esetén addig indítható törlési pert, amíg az okirat megtámadásának helye van – ez a Ptk. alapján 1 év –, míg semmisség esetén határidő nélkül. Amennyiben van harmadik jogszerző, úgy mindkét jogszerzővel szemben pert kell indítani, de a határidők eltérőek aszerint, hogy a közvetlen jogszerző

bejegyzését kézbesítették-e az ingatlan-nyilvántartásból kieső személynek. Amennyiben ez a határozat kézbesítésre került, úgy a kézhezvételtől számított 6 hónap alatt indíthat pert bármelyik jogszerzővel szemben, amennyiben a bejegyzést nem kézbesítették részére, úgy ezen bejegyzéstől számított 3 év alatt támadhatja meg a jóhiszemű, harmadik személy jogszerzőt. Sajnos a törvény 5. §-a ettől eltérően rendelkezik, holott ez tekinthető a helyes határidőnek. A 3 év elteltével a jóhiszemű jogszerző joga nem támadható meg, tehát akár érvénytelen szerződésből eredően, nem tulajdonostól szerez tulajdonjogot. A közhitelesség elve itt rést üt a nemo plus iuris elvén. A háború előtti jogban ezt nevezték a „három éves telekkönyvi elbirtoklás intézményének”.²⁷

A közhitelesség korlátai

A közhitelesség korlátai kivételt jelentenek a közhitelesség elvének érvényesülése alól, amely esetekben a törvény által felállított vélelemrendszer nem érvényesül, még a jóhiszemű jogszerzőt sem védi meg. A korlátokat több csoportba sorolhatjuk, ezek egyik legnagyobb csoportja az ún. ingatlan-nyilvántartási korlátok, amelyen belül a határozat felülvizsgálatával kapcsolatos korlátokat, az informatív hatályú bejegyzésekhez kapcsolódó korlátokat, illetőleg az ingatlan-nyilvántartás egyes részeinek eltérő közhitelességét sorolhatjuk. A közhitelességi korlátok másik nagy csoportja magánjogi (anyagi jogi) eredetű, ide sorolhatók az ún. ex lege bejegyzések, az ingatlan többszöri eladásának esete, illetőleg a jelzálogjog megszűnésének esete. Harmadik csoportba tartoznak az egyéb jogszabály által meghatározott közhitelességi korlátok.

A bejegyző *határozat felülvizsgálatával kapcsolatos* korlátozások abból erednek, hogy az ingatlan-nyilvántartást érintő változást a földhivatal az Inytv. 52. § (1) bekezdése és a Vhr. 92. § (1) bekezdése alapján – a határozat kézbesítését megelőzően – annak meghozatalával egy időben bejegyzi, illetőleg feljegyzi a tulajdoni lapra. Ez az ún. egységes határozat azt eredményezi, hogy az ingatlan-nyilvántartási bejegyzés nem tekinthető feltételesnek, mint korábbi jogunkban az előjegyzés intézménye volt, azonban a jogi hatályát tekintve függő hatályú, mindaddig amíg anyagi jogereje be nem áll, s konstitutív hatályú bejegyzések esetében mindaddig a közhitelesség sem érvényesül. A határozatok felülvizsgálata szempontjából a jogorvoslati határidők eltelte, illetőleg a kézbesítés megtörténte és annak időpontja a lényeges. Az Inytv. 52. § (1) bekezdése tartalmazza a bejegyző, átvezető határozatok esetén a kézbesítéssel értesítendő személyek²⁸ körét, míg a második bekezdés az elutasító határozattal érintettek körét.

A kézbesítéshez kapcsolódik az ún. egy éves szabály, amely az ingatlan-nyilvántartásból akarattuk ellenére kikerült, vagy ingatlanokat akarattuk ellenére megterhelt ügyfelek érdekét védi, s kimondja, hogy „a bejegyzéstől számított 1 éven belül lehet kérni a kézbesítést, ha bármely okból az ügyfél részére nem kézbesítették, s a kézbesítéstől számított 15 napon belül van helye fellebbezésnek.”²⁹ E tekintetben a törvény ellentmondásosan szabályozza a bírósági jogorvoslati kérelem esetében a kére-

²⁷ *Magyar Magánjog V. Dologi Jog.* (szerkesztette: Szladits Károly) Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1942. 265. p.

²⁸ Változás a korábbi jogunkhoz képest, hogy e körbe bekerült a felszámoló és a végelszámoló személye, tovább bővítve az amúgy sem szűk érdekelti kört.

²⁹ Inytv. 55. § (2) bek.

lemre történő kézbesítés 1 éves határidejét. Abban az esetben, ugyanis amikor a megyei földhivatal reformációs vagy kasszációs jogkörét gyakorolja, akkor a kézbesítést megelőzően a II. fokú határozathoz kapcsolódik egy körzeti földhivatali bejegyző határozat, amelynek bejegyzésétől számított 1 év esetén lehet – a kézbesítés elmaradása esetén – kézbesítést kérni. Nem egyértelmű a törvény rendelkezése azonban abban az esetben, amikor a megyei földhivatal a fellebbezést elutasítja és ennek a II. fokú határozatnak a kézbesítése marad el. A bírósági jogorvoslati jog ebben az esetben is megilleti az ügyfelet, azonban ekkor a körzeti földhivatal részéről új bejegyző határozat nem születik, holott az 58. § (3) bekezdés alapján az 1 évet a bejegyző határozattól, a bejegyzéstől kell számítani. Amennyiben itt a jogalkotó az eredeti, tehát már a fellebbezéssel sérelmezett bejegyzésre gondol, úgy elhúzódó eljárás esetében az attól számított 1 év már el is telhet, így nincs lehetőség az érdekeltnek a rendkívüli jogorvoslat gyakorlására.

Kihirdetéskor még nem, azonban hatálybalépéskor már szerepelt a törvényben a – az 1999. évi CXIX. törvénnyel behozott – 52/A. §-ban szabályozott intézmény, amely a kézbesítés elmaradásának következményeit szabályozza.³⁰ Ez azokat az eseteket öleli fel, amikor nem lehet az érdekelt kezeihez kézbesíteni az iratot, s ilyenkor a kézbesítés a hivatkozott jogszabályokban lefolytatott eljárás megtartásával a jogszabály erejénél fogva tekintendő szabályszerűen kézbesítettnek. E szabályok alapján kézbesítettnek kell tekinteni az iratokat a postai kézbesítés második megkísérlésének, illetőleg az erre vonatkozó figyelmeztetés postafiókba helyezésének napját követő ötödik munkanapon. Az 52/A. § (1) bekezdésében nem egyértelmű, hogy mit tekint a törvény kézbesítési címnek, illetőleg bizonytalanságot eredményezhet az ingatlan-nyilvántartásban, vagy a bejegyzés alapjául szolgáló okiratban megjelölt lakcímek közötti vagylagos választási lehetőség, hiszen elég gyakori, hogy e lakcímek egymástól eltérnek, így biztonságosabb lenne valamennyi cím tekintetében előírni a kézbesítés megkísérlését. Új intézmény a kézbesítés körében a címzett, vagy a lakcím ismeretlensége esetén a hirdetmény útján történő kézbesítés, amelyet a Pp. szabályai alapján határoz meg a törvény azzal a különbséggel, hogy ügygondnok kirendelésére nem kerül sor.

A közhitelesség szempontjából azonban nem csak a kézbesítés meg nem történte jelent problémát, hanem az is, hogy a közhitelesnek tekintendő tulajdoni lapra nem kerül feljegyzésre, illetőleg feltüntetésre az, hogy a számítógépes nyilvántartásban az aktuális állapotot létrehozó határozat a változással érintett valamennyi érdekelt részére kézbesítésre került, illetőleg, hogy a jogorvoslati határidő valamennyiükkel szemben eredménytelenül telt el. A közhitelesség erősítésének irányába hatna, ha tényként feltüntetésre kerülne a kézbesítés hiánya, illetőleg annak ténye, hogy valaki az egy éves szabályra hivatkozással kérte a kézbesítést. Nem ártana, ha a törvény – a kézbesítési megbízott intézménye mellett – azt a gyakorlatot is átvinné a polgári peres eljárásból, illetőleg a cégeljárásból, miszerint a határozat jogerőre emelkedését a bíróság külön végzéssel megállapítja, illetőleg a határozaton feltünteteti, amely az ingatlan-nyilvántartásban a tulajdoni lapon történő feltüntetéssel is kiegészülhetne, vagyis nem kellene az okirattárat azokban az esetekben megtekinteni, amikor a tulajdoni lapból nyilvánvaló, hogy a bejegyzett tulajdonos joga megtámadhatatlan. Nagyobb földhivata-

³⁰ A postai tevékenységről szóló 133/1993. (IX.29.) Korm. rendelet 18. § (1) bekezdés b.) pontjában, valamint a hivatalos iratok kézbesítésének egyszerűsítéséről szóló 43/1993. (VIII.20.) MT. rendelet 9. §-ában foglaltakkal összhangban.

loknál, a leterheltségre hivatkozással, a térítvevény (vétív) az okirattárba nem kerül vissza, így még a gondosan eljáró, s az okirattárat is megtekintő ügyfél sem tudja teljes biztonsággal megállapítani, hogy a közhitelesség hatálya beállt-e az adott ingatlanra bejegyzett jogok, illetőleg feljegyzett tények vonatkozásában.

A jogorvoslati rendszer, mint a közhitelesség korlátja

Az Inyvt. 55. § (1) bekezdése alapján a körzeti földhivatal határozata ellen a kézbesítéstől számított 30 napon belül a megyei földhivatalhoz lehet fellebbezni. A *fellebbezés* – az Inyvt. 17. § (2) bekezdésében kimondott informatív hatályára tekintettel – a benyújtását követő bejegyzésekkel szemben akkor is kihat, ha földhivatal a fellebbezés tényét elmulasztja a tulajdoni lapon feljegyezni. Azokban az esetekben, amikor a földhivatal a fellebbezést saját hatáskörében nem bírálhatja el, úgy 8 napon belül köteles a fellebbezés tényét tulajdoni lapon feljegyezni. Amennyiben valamennyi ügyféllel szemben a fellebbezési határidő eredménytelenül eltelik, úgy a közhitelesség az első fokú földhivatali határozat jogerőre emelkedésével beáll.

A fellebbezési határidőt valamely menthető okból elmulasztó ügyfél részére az Inyvt. 25. § (2) bekezdése, valamint az államigazgatási eljárásról szóló 1957. évi IV. törvény 40. § (2) és (3) bekezdése igazolásra ad lehetőséget. Az *igazolási kérelem* előterjesztésének szubjektív határideje a Áe. alapján 8 nap, azonban objektív határideje az elmulasztott határidő utolsó napjától számított 6 hónap. Sajnálatos, hogy az Inyvt. 17. § (1) bekezdése az ingatlan-nyilvántartásban feljegyezhető tények között nem tartalmazza az igazolási kérelem előterjesztését, így a fellebbezési határidő elmulasztása okából előterjesztett igazolási kérelem benyújtásáról a tulajdoni lap megtekintésével nem szerezhető tudomás, így az a fellebbezés informatív hatályára tekintettel közhitelesnek sem tekinthető.

A fellebbezést elbíráló megyei földhivatali határozattal szemben az Inyvt. 58. § (1) bekezdése alapján *bírószági jogorvoslati kérelem*nek van helye, amelyet a határozat kézhezvételétől számított 30 napon belül kell a körzeti földhivatalhoz benyújtani. Az Inyvt. 60. § (2) bekezdése alapján a bírószági jogorvoslati kérelem alapján hozott határozat hatálya a megtámadott bejegyzésen alapuló további bejegyzésekre is kiterjed.

A bírószági jogorvoslati kérelem benyújtására nyitva álló határidő elmulasztása esete a törvény 58. § (4) bekezdése alapján a Pp. szabályai szerint lehet *igazolási kérelem* előterjesztteni. Erre a Pp. 107. § (1) bekezdése 15 napos szubjektív, illetőleg 3 hónapos objektív határidőt biztosít. Az Inyvt. második objektív határidőként az 58. § (4) bekezdésében a bejegyzéstől számított 1 évet határozza meg. Ez azokra az esetekre irányadó, amikor valaki az egy éves szabály alkalmazásával kéri a kézbesítést, s ezt követően mulasztja el a jogorvoslati kérelem benyújtására nyitva álló határidőt. Az igazolási kérelem benyújtásának ténye ez esetben sem kerülhet a tulajdoni lapon feltüntetésre.

Az 1999. évi Pp.-módosítás eredményeként a közigazgatási határozatok felülvizsgálata iránt indított perekben a jogorvoslati rendszer egyszerűsödött, s az ilyen ügyekben hatáskörrel bíró megyei bíróság I. fokon jogerős határozatot hoz. Ez a határozat már rendes jogorvoslattal nem támadható, így anyagi jogerővel bír.

Nem szabad azonban elfeledkezni arról, hogy a Pp. 272. § (1) bekezdése alapján a határozat közlésétől számított 60 napon belül *bíróági felülvizsgálati kérelem*nek van helye, amelynek folytán meghozott legfelsőbb bírósági határozat hatálya az Inyvtv. 61. § alapján a feleken kívül azokra is kiterjed, akik a felülvizsgálati kérelem benyújtása tényének bejegyzését követően szereztek jogot.

Megállapítható tehát, hogy a jogorvoslati rendszer következtében – még ha a legoptimálisabb ügyintézési határidőkkel számolunk – az ingatlan-nyilvántartási bejegyzések, illetőleg feljegyzések közhitelessége 2-3 évig nem teljes érvényű. Megjegyzem, hogy mindez csak az ingatlan-nyilvántartási eljáráshoz kapcsolódó jogorvoslatokat jelenti, ugyanakkor anyagi jogi – például érvénytelenségre történő hivatkozással – okból az Inyvtv. 62-63. §-ában szabályozott törlési, illetőleg kiigazítási perekkel további lehetőség van a bejegyzések megváltoztatására.

Egyéb informatív hatályú tények

Az informatív hatályú tények felsorolását a bejegyzés elvének ismertetésénél már érintettem, ezért ezekre részletesen nem térek ki. Az informatív joghatályból következően ezen tények bejegyzéséhez nem fűződik joghatály, azonban a bejegyzés elmaradásáig a közhitelesség sem.

Az ingatlan-nyilvántartás részeinek eltérő közhitelessége

Feltételezve, hogy a földhivatal mulasztása folytán a benyújtott szerződés az okirattárba bekerül, de a tulajdoni lapon széljegyként nem kerül feltüntetésre, sérülhet a közhitelesség. (Megjegyzem, hogy a gyakorlatban inkább a széljegyben szereplő okiratok szoktak hosszabb-rövidebb időre elkeveredni a földhivatalban, amely adott esetben inkább a nyilvánosság elvének gyakorlását sérti.) Ennek az oka, hogy az Inyvtv. a közhitelességet nem bontja szét az ingatlan-nyilvántartás egyes részére, hanem az ingatlan-nyilvántartásról egységében mondja ki, hogy az közhiteles. A feltételezett esetben a jóhiszemű harmadik személy szempontjából a tulajdoni lap lesz a közhitelesnek tekinthető, amely a széljegyzetet nem tartalmazza, ugyanakkor az Inyvtv. alapján az okirattárban elhelyezett adásvételi szerződést is közhitelesnek kell tekinteni. Kurucz Mihály ebben ott látja a fő problémát, hogy a közhitelességhez a teljes körű nyilvánosság nincs hozzárendelve. A másik problémát abban látja, hogy a közhitelesnek nyilvánított okirattár a bizonyítási terhet megfordítja, így adott esetben az érvénytelen, de az okirattárban elhelyezett szerződést védi.³¹ A megoldás az lehetne, ha a törvény csak a tulajdoni lap vonatkozásában nyilvánítaná ki a közhitelességet, s a tulajdoni lapra kizárólag a már anyagi jogerővel bíró jogok, tények kerülnének bejegyzésre, illetőleg feljegyzésre.

³¹ KURUCZ: i. m. 26. p.

A közhitelesség ingatlan-nyilvántartáson kívüli korlátai

Az egyik legfontosabb anyagi-jogi korlát a Ptk. 117. §-a alapján szabályozott *többszöri eladás esete*, azaz az ún. „birtokkal megerősített jogcím védelme”.³² Az ingatlan többszöri eladása esetén ugyanis a Ptk. alapján annak van első helyen bejegyzési igénye, aki birtokba lépett.

Szintén korlátai a közhitelességnek az ún. *ex lege*, vagyis *törvényen alapuló bejegyzések*, amelyek körébe a házastársi, élettársi közös vagyon keletkezésének esetei, illetőleg a törvényes öröklés tartozik. Ezeknek a szabályait szintén a Ptk. tartalmazza, azonban sajátosságuk a korábban már említett elbirtokláshoz képest, hogy ez esetben a Ptk. az ingatlan-nyilvántartásba történő bejegyeztetési kötelezettséget nem írja elő, illetőleg nem szól a bejegyzés elmulasztása esetén a jóhiszemű harmadik személlyel szembeni jogvesztésről.

Ugyancsak a közhitelesség ellen hat a *jelzálogjog megszűnése* is, ugyanis a Ptk. 266. § (3) bekezdése alapján a jelzálogjoggal biztosított követelés megszűnése kihat a jelzálogjogra az ingatlan-nyilvántartási átvezetés nélkül is. Kampis megfogalmazásában³³ „ebben a kérdésben a jelzálogjog járulékos jellege ütközött a közhitelesség elvével, s polgári jogunk az előbbi javára döntött” e probléma egyébként meglehetősen gyakori, különösen az OTP gyakorlatára jellemző, hogy a lakáshitelek visszafizetése esetén a pénzügyintézet a követeléseit biztosító jelzálogjogot, s sok esetben az azt biztosító elidegenítési és terhelési tilalmat elmulasztja az ingatlan-nyilvántartásból törölni, amely adott esetben az ingatlan értékesítésének akadályát is képezheti.

A csődeljárásról, a felszámolási eljárásról és a végelszámolásról szóló 1991. évi II. törvény 38. § (1) bekezdése a végrehajtási jog, míg 38. § (4) bekezdése az elidegenítési és terhelési tilalom, a visszavásárlási és vételi jog, valamint a zálogjog tekintetében kimondja azok megszűnését. A végrehajtási jog és az elidegenítési és terhelési tilalom a felszámolás kezdő időpontjában, míg a többi jog az ingatlan felszámoló által történő értékesítésével szűnik meg. Ennek oka, hogy a bejegyzett jogok az értékesítés akadályát képeznék arra az esetre, ha a jogosult nem járulna hozzá a törléshez. A gyakorlatban sajnos ez sem érvényesül kellőképpen, ugyan a Cstv. 29. § h) pontja alapján a felszámolást elrendelő bíróság a területre illetékes földhivatalt értesíti, s az Inyvtv. 17. § (1) bekezdése alapján a felszámolás, végelszámolás megindítása informatív hatályú tényként az ingatlan-nyilvántartásba feljegyezhető, azonban mindezek ellenére a felsorolt jogok nem kerülnek automatikusan törlésre. Találkoztam olyan esettel is, ahol a földhivatali előadó hiánypótlási felhívásban kérte a jogosult, vagy a végrehajtó hozzájárulását, illetőleg törlés iránti kérelmét. (Igaz, hogy adott esetben a felszámolás ténye sem került feltüntetésre.) A problémát az okozhatja, hogy a Cstv. alapján megküldött „értesítést” a földhivatal nem tekinti megkeresnének, azonban a felszámolás tényéről így hivatalos tudomást szerez, amely alapján e jogok megszűnése kétségtelenül megállapítható, így azokat hivatalból törölni kellene.

Összefoglalva az ismertetett korlátokat megállapítható, hogy a közhitelesség intézménye annak ellenére, hogy a jogalkotó a korábbi szabályozásnál jóval pontosabban, szabatosabban megfogalmazta a közhitelesség elvét, s ezzel a jóhiszemű jogszerzők

³² Magyar Magánjog V. Dologi Jog. 265. p.

³³ KAMPIS: i. m. 83. p.

minél nagyobb védelmére törekedett a közhitelesség teljes körűen nem érvényesül. Véleményem szerint ehhez szükség lenne a közhitelesség korlátainak csökkentésére, amely egyértelműbb jogszabályi megfogalmazásokkal, pontosításokkal, illetőleg a ingatlan-nyilvántartási eljárásban a jogorvoslati rendszer egyes fokozatainak csökkentésével lenne elképzelhető. A másik megoldás az lehetne, hogy a törvény a közhitelességet csak arra az esetre mondja ki, amikor a korlátok már kétséget kizáró módon megállapíthatóan nem érvényesülhetnek.

Az okirati elv kérdőjelei

Az Inyvtv. előtt hatályban volt jogszabályok önálló, nevesített alapelvként nem emelték ki az okirat elvét, mégsem volt kizárólag jogirodalmi alapelvnek tekinthető, hiszen az egyes jogszabályok szövegéből levezethető volt.³⁴ A háború előtti jogirodalom képviselői – a bejegyzési elvhez való szoros kapcsolódása miatt – külön alapelvként sem fogalmazták meg, főként a bejegyzés, illetőleg a közhitelesség elvének körében tárgyalták. Feladatát tekintve, az okirat elve ma is elsősorban a bejegyzési elv érvényesülését szolgálja – hiszen, mint látni fogjuk bejegyzések kizárólag csak okiratok alapján történhetnek –, ugyanakkor egyre szigorúbb alakíságot megkövetelő szabályai – az ingatlanforgalom megnövekedésére tekintettel – a jogbiztonság, törvényesség megteremtése és fenntartása eszközévé vált. A konstitutív hatályú bejegyzésekhez szorosan kapcsolódik az okiratiság, hiszen az Inyvtv. 3. § (1) bekezdése megfogalmazásában konstitutív hatállyal „az okiraton alapuló bejegyzések” bírnak.

Az elv érvényesülésének anyagi jogi alapjait a Ptk. rendelkezése adja, amely kimondja a 117. (3) bekezdésében, hogy „ingatlan tulajdonjogának az átruházásához az erre irányuló szerződésen vagy más jogcímen felül a tulajdonosváltásnak az ingatlan-nyilvántartásba való bejegyzése is szükséges”, továbbá a 365. § (3) bekezdés szerint az „ingatlan adásvételének érvényességéhez a szerződés írásba foglalása szükséges”³⁵. Az Inyvtv. ezen az elvi alapon nyugodva az okirat elvét a következőképp rögzíti: „8. § Az ingatlan-nyilvántartásban jog és jogilag jelentős tény bejegyzésére, adatok átvezetésére csak jogszabályban meghatározott okirat vagy hatósági határozat alapján kerülhet sor.” Kurucz az okirati elv jelentőségét a következőkben látja:³⁶

– kikényszeríti az írásbeliséget minden olyan ingatlanra vonatkozó jogra, tényre és főszabályként adatra vonatkozó jogügyletre, amely az ingatlan-nyilvántartás tárgya lehet,

³⁴ A Ptk. hatályba lépését követően telekkönyvről rendelkező 54/1960. (XI.27.) Korm. számú rendelet 23. § alapján telekkönyvi bejegyzésnek csak az ott meghatározott okiratok alapján volt helye, amely okiratok részletes tartalmi követelményeit a rendelet végrehajtása tárgyában kiadott 2/1960. (XII.25.) I. M. sz. rendelet 81–85. §-i tartalmazták. Az Itvr., illetőleg a Vhr. szabályai szintén a bejegyzés alapjául szolgáló okiratok alaki és tartalmi kellekeit határozták meg.

³⁵ Az átruházásra irányuló egyéb szerződéstípusok tekintetében hasonlóan rendelkezik a törvény, így csere esetén a 378. §, ajándékozásnál az 579. §, tartási szerződés esetén az 586–587. § szabályai követelik meg az írásbeli alakot. A XXV. sz. PED indoklása szerint „a jogalkotó szándéka, hogy az ingatlan tulajdonjogát átruházó szerződések a forgalom fokozottabb biztonsága, az ingatlan-nyilvántartás zavartalansága és megbízhatósága érdekében és a kellően meg nem fontolt ingatlan elidegenítések megakadályozása céljából írásba foglaltassanak.”

³⁶ KURUCZ: i. m. 19. p.

- meghatározza az ingatlan-nyilvántartási hatóság előtti bizonyítás módját, eszközét és terjedelmét, a hatóság bizonyítás-felvételi és értékelési hatáskörét.”

Az okirati elv gyakorlati erősödését mutatja az is, hogy az ingatlan-nyilvántartás részei között új jogintézményként megjelenik az okirattár, ahol – az Inyvt. 20. § (1) és (2) bekezdései alapján – a bejegyzések alapjául szolgáló okiratokat, illetőleg ezek hitelesített másolatait, a bejegyzés iránti kérelmeket, megkereséseket, valamint az ingatlan-nyilvántartási ügyben keletkezett más iratokat kell elhelyezni, s a földhivatal egyéb irataitól elkülönítetten kell kezelni.

Az „okirati kényszer”³⁷ eme kihangsúlyozása minden kétséget kizáróan a polgári jogi, a szerződési szabadságra vonatkozó alapelvbe ütközik. A Ptk. 200. § (1) bekezdésében deklarált szerződési szabadság egyik fontos részleme a szerződés tartalma meghatározásának szabadsága. „A felek szabadon döntenek abban a kérdésben, hogy kötnék-e szerződést, és ha igen, milyen tartalommal.”³⁸ A tág értelemben vett szerződési szabadságnak az írásbeliség már önmagában is a korlátját jelenti, de a jogbiztonság követelménye ezt még indokolttá teszi. A kérdés e vonatkozásban az, hogy meddig terjedhet a korlátozás, vagyis pozitív irányból megközelítve, milyen módon és mértékig írhatóak elő a szerződés kötelező tartalmi elemei, illetőleg ezek alkalmazásának elmulasztása esetén a jog milyen szankciót alkalmaz a mulasztó felekkel szemben.

A Ptk. 217. § (1) bekezdése lehetővé teszi a jogalkotó részére kötelező alakiság előírását, bármilyen jogügylet típus esetében: „jogszabály a szerződésre meghatározott alakot szabhat. Az alakiság megsértésével kötött szerződés – ha jogszabály másként nem rendelkezik – semmis.” Amennyiben a kötelező alaki kellék az írásba foglalás, abban az esetben a 218. § (1) bekezdés szerint „legalább a szerződés lényeges tartalmát írásba kell foglalni.” A Legfelsőbb Bíróság az ingatlan-átruházási szerződés érvényességéről szóló, XXV. számú Polgári Elvi Döntésében fűzött magyarázatot a Ptk. hivatkozott rendelkezéseinek értelmezéséhez, amelyből az okirati elvhez kapcsolódóan az alábbi ellentmondásokra kívánok rávilágítani.

A bíróság akként foglal állást, hogy „az ingatlan tulajdonjogának átruházására irányuló szerződés érvényes létrejöttéhez a tartalmi követelmények szempontjából szükséges – és egyben elegendő –, ha a szerződésről készült okirat tartalmából a felek személye mellett az ingatlan tulajdonjogának átruházását célzó akaratnyilvánításuk kitűnik, továbbá ha az okirat tartalmazza az ingatlannak és az ellenszolgáltatásnak a megjelölését, vagy ha az átruházás ingyenes, ez az okirat tartalmából megállapítható.” Eszerint az ingatlanra vonatkozó adásvételi szerződés érvényességének elengedhetetlen kelléke, hogy az írásbeli szerződés tartalmazza: *a)* a feleknek; *b)* a vétel tárgyának; *c)* a vételárnak a megjelölését; valamint *d)* annak kifejezését, hogy adásvétel történt.

ad. a) A bíróság álláspontja szerint a szerződő feleket nem kell a szerződés szövegében megjelölni, elegendő, „ha a felek szerződéses állása az aláírásokból vagy az okirat egyéb tartalmából kétségtelenül megállapítható”;

³⁷ „Főszabályként lehet tehát felállítani azt a tételt, hogy a telekkönyvi eljárásban okiratkényszer érvényesül.” KAMPIS: i. m. 319. p.

³⁸ A Polgári Törvénykönyv magyarázata I. kötet XVII. fejezet 3. pont, 486. p.

ad. b) a szerződés érvényessége elismerhető akkor, ha az adásvétel tárgya magából az okiratból nem állapítható meg ugyan minden kétséget kizáró bizonyossággal, de nyilvánvaló, hogy a felek előtt a szerződés tárgya nem volt kétséges;

ad. c) nem érinti a szerződés érvényességét, ha a felek megállapodás valódi tartalmától eltérően tüntetik fel az eladott ingatlan vételárát. „Az ilyen színlelt szerződés - figyelemmel a Ptk. 207. §-ának (4) bekezdésével - érvényes ugyan, természetesen azonban, hogy az érvényességtől függetlenül illetékjogi és büntetőjogi következményekkel járhat.”;

ad. d) „elegendő, ha az okirat egész tartalmában felismerhető, hogy a felek szerződési akarata ingatlan tulajdonjogának vételár ellenében történő átruházására irányult.”

A bírói gyakorlat³⁹ szerint „az írásba foglalt szerződés érvényességének nem feltétele, hogy a felek a megállapodásukat közokiratba vagy teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalják, kivéve ha ezt külön jogszabály írja elő”, tekintettel arra, hogy a Ptk-nak az írásbeli szerződés tartalmáról rendelkező 218. § (1) bekezdése nem tesz említést arról, hogy az írásbeli szerződésnek milyen alaki kellékekkel kell rendelkeznie. Ilyen, a szerződés érvényességét érintő alaki kellékekről más jogszabály sem rendelkezik az ingatlan tulajdonjogának átruházását célzó szerződések tekintetében. Az a tény, hogy a Ptk. 218. §-ának (2) bekezdése a közokirati vagy teljes bizonyító erejű magánokirati formát a szerződés érvényességéhez csak akkor követeli meg, ha az írásba foglalást jogszabály rendeli, és a szerződő fél nem tud vagy nem képes írni, egyértelműen arra utal, hogy az írásba foglaláshoz - ha jogszabály másként nem rendelkezik - elegendő az ún. egyszerű magánokirati forma. A hivatkozott PED szerint „az ingatlan tulajdonjogának átruházását célzó szerződéseknek az alakszerűség szempontjából nem érvényességi kelléke az, hogy az okiratot keltezéssel - a szerződéskötés helyének és idejének feltüntetésével - lássák el, sem pedig az, hogy üzleti tanúk működjenek közre.”

Az Inyvtv. különbséget tesz az *adatváltozás átvezetése* alapjául szolgáló, *illetőleg jogok bejegyzésének és tények feljegyzésének* alapjául szolgáló okiratok között. Az előbbiek esetén az alakszerűségi kötöttségek egyszerűbbek. A 28. § (1) alapján „*az ingatlan adataiban bekövetkezett változás átvezetéséhez a külön jogszabályban meghatározott hatósági engedély (jóváhagyás) és igazolás, az ingatlan-nyilvántartási térkép tartalmát érintő változás átvezetéséhez pedig jogszabályban meghatározott változási vázrajz is szükséges.*” Az alakszerűségi előírások jóval szigorúbbak a jogokra, illetőleg tényekre vonatkozó változások esetén. Az Inyvtv. 29. § alapján a „*jogok bejegyzésének és tények feljegyzésének - ha törvény másként nem rendelkezik - olyan közokirat, teljes bizonyító erejű magánokirat vagy ezeknek a közjegyző által hitelesített másolata (a továbbiakban: okirat) alapján van helye, amely a bejegyzés tárgyát képező jog vagy tény keletkezését, módosulását, illetve megszűnését igazolja, továbbá tartalmazza a bejegyzést, feljegyzést megengedő nyilatkozatot az ingatlan-nyilvántartásban bejegyzett, vagy közbenső szerzőként bejegyezhető jogosult részéről (bejegyzési engedély).*”

Az Inyvtv. 32. § továbbmegy és kimondja, hogy „*a belföldön kiállított okiratnak - ahhoz, hogy az ingatlan-nyilvántartási bejegyzés alapjául szolgálhasson - tartalmaznia*

³⁹ BH1997. 436. II. Az ingatlanátruházási szerződés érvényességéhez, illetőleg az ingatlan-nyilvántartási bejegyzéshez szükséges okirat elhatárolása.

kell: a) az érdekelt magánszemély családi és utónevét, leánykori családi és utónevét, születési évét, anyja nevét, lakcímét, továbbá a személyi azonosítóját; b) a statisztikai számmal rendelkező szervezet megnevezését, székhelyét és törzsszámát, valamint bírósági, illetőleg cégbírósági bejegyzésének számát; c) az érintett ingatlan pontos megjelölését (település neve, helyrajzi szám); d) a jog vagy tény pontos megjelölését; e) a jogváltás jogcímét; f) az érdekeltek megállapodását, a bejegyzett jogosult bejegyzést engedő nyilatkozatát; g) a szerződő felek állampolgárságra vonatkozó nyilatkozatát, továbbá, ha a devizabelföldi a termőföldről szóló 1994. évi LV. törvény alapján külföldinek minősül, e minőség feltüntetését.”

További feltételeket szab az Inyvt. 32. § (2) bekezdése, amely szerint a bejegyzés alapját képező okirat tartalmi és formai kellékei: a keltezés helyének és idejének megléte; továbbá, hogy a nyilatkozattevő saját kezűleg írja és aláírja, vagy két, az okiraton névvel és lakcímmel megnevezett tanú aláírásával igazolja, hogy a nyilatkozattevő a nem általa írt okiratot előttük írta alá, vagy aláírását előttük saját kezű aláírásának ismerte el. A törvény a teljes bizonyító erejű magánokirati, vagy a közokirati formát fogadja el a bejegyzés alapjaként.⁴⁰ Több lapból álló okirat esetén a szerződő felek, a készítő és ellenjegyző, illetőleg a tanúsító személyek kézjegyét minden lapnak tartalmaznia kell.

Még szigorúbb a törvény a tulajdonjog, hasznélvezeti jog, a használat joga, szolgalmi jog, vételi jog, jelzálogjog (önálló jelzálogjog) – tehát a konstitutív hatályú bejegyzések – keletkezésére, módosulására, illetve megszűnésére vonatkozó bejegyzések tekintetében, ahol az előbbi feltételeken túl, a bejegyzésnek csak közokirat, ügyvéd által ellenjegyzett magánokirat alapján van helye. A Vhr. 69. § alapján a felek aláírása akkor tekinthető nyilvánvalóan azonosíthatónak, ha a meghatalmazottak, illetve a szerződő felek aláírásuk alatt olvashatóan megjelölték nevüket és az okirat szerinti ügyletkötői minőségüket (pl. eladó, vevő, hasznélvező stb.). Mindezekből látható, hogy az okirati elv körében a bejegyzés alapjául szolgáló okiratok formai előírásai a szerződési szabadságot erősen korlátozzák, a jogbiztonság érdekében kötelező tartalmi elemeket írnak elő.

A fentiekkel kapcsolatosan két jogirodalmi álláspont alakult ki. Az első képviselői – a XXV. PED II. pontjára hivatkozással – az ilyen szerződéseket érvénytelennel tekintik arra hivatkozással, hogy az Inyvt. az a külön jogszabály, amely a különleges okirati minőséget előírja. A másik nézet különbséget tesz az érvénytelen, illetve az érvényes, de bejegyzésre alkalmatlan okiratok között. Ez utóbbi csoportba azok az okiratok tartoznak, amelyek a PED előírásainak megfelelnek, de az Inyvt. alapján bejegyzésre nem alkalmasak. Ezen okiratok esetében az érvényes jogügylet alapján lehetőség van – akár bírói úton⁴¹ is – a bejegyzésre alkalmas okirat pótlásának kikényszerítésére.

Az okirat elv körében a törvény, illetőleg a Vhr. nem egyértelműen rendelkezik az alábbi gyakorlati kérdésekről sem:

⁴⁰ Az okiratot a közjegyző készítette, vagy az okiratot ügyvéd ellenjegyzéssel látta el, továbbá, ha az okiratot a jogi személy nevének feltüntetésével szabályszerűen aláírták.

⁴¹ Nem sorolható e körbe a Kecskeméti Városi Bíróság első fokon jogerőre emelkedett azon ítélete, amelyben a bíróság az elmulasztott írásba foglalást pótolta ingatlan adásvétele esetében. Álláspontom szerint a döntés igazságos, azonban a semmisségi okra tekintettel jogszerűsége erősen megkérdőjelezhető.

- Az okiratok kellékeinél a törvény 32. § (2) bekezdés f.) pontja meg kívánja, hogy több lapból álló okiratok esetén a szerződő felek, a készítő és ellenjegyző, illetőleg a tanúsító személyek kézjegyét minden lap tartalmazza. A kézjegyzés fogalma azonban sem az okiratok kellékénél, sem a Vhr.-ben nem került meghatározásra, így nem egyértelmű, hogy milyen formában kell, hogy megtörténjen. A lényeges, hogy az okirat végén az aláírásoknak olyanoknak kell lenniük, hogy abban kitűnjön az aláíró személy neve, illetőleg, hogy az okiratot milyen minőségben eljárva írta alá.
- Az okiratok ellenjegyzése tekintetében egy bizonyos mértékű ellentmondás látszik az Inytv., illetőleg az Ütv.⁴² között tekintettel arra, hogy az ügyvédi törvény 27. § (3) bekezdése alapján az ügyvéd csak olyan okiratot láthat el ellenjegyzésével, amelynek készítésében ő, vagy az irodája közreműködött. Az Inytv. 32. § (2)–(4) bekezdése csak az ellenjegyzés tényét kívánja meg, amely nem foglalja magában azt, hogy az okiratot ügyvédnek kell készítenie. További probléma az ellenjegyzés körében az Inytv. 32. § (5) bekezdése, amely alapján jelzálogjog alapítására és megszűnésére vonatkozó bejegyzés kizárólag a hitelintézet szabályszerű aláírása alapján is teljesíthető. A törvény ez esetben nem rendelkezik a jelzálogjog módosítására vonatkozó bejegyzésről, amely az általános szabály alapján ellenjegyzést feltételez az ingatlan-nyilvántartási bejegyzéshez.
- Az illetéktörvény rendelkezése alapján 1999. január 1. napjától a tulajdonjog, illetőleg az ingatlanhoz kapcsolódó vagyoni értékjogok bejegyzése vagy törlesztés iránti kérelmekhez csatolni a magánszemélyek részéről egy nyilatkozatot, amely egy APEH nyomtatvány formájában a földhivatalnál ingyenesen beszerezhető. Az Inytv. az okirati elv, illetőleg az eljárásra vonatkozó rendelkezések körében ezen adatlapra vonatkozó utalást nem tartalmaz, holott a megfelelően kitöltött adatlap hiányában a földhivatal a bejegyzési kérelmet, s annak mellékletét képező okiratokat sem átvenni, sem érkeztetni nem hajlandó. Az adatlap bevezetése már csak azért is problematikus, hiszen az azon szereplő, az illetékkedvezményre vonatkozó nyilatkozatot az illetékhiatal az illeték kiszabása során egy külön nyomtatványban megismételteti a bejegyzést kérőkkel.

Összegzés

E tanulmányban elsősorban az ingatlan-nyilvántartási törvénynek a gyakorlatban is érvényesülő alapelveivel foglalkoztam, s megpróbáltam rávilágítani azokra a gyakorlati kérdésekre, amelyek az ingatlanforgalmazással, az ingatlan-nyilvántartást a mindennapi életben használó jogalkalmazó előtt felmerülhetne. Elsősorban terjedelmi okokból nem tértem ki a telekkönyv olyan fontos alapelveire, mint a kérelemhez kötöttség, illetőleg a rangsor elve, valamint a jogintézményhez kapcsolódó irodalom által kidolgozott további alapelvek a teljesség, a legalitás, a valósággal egyezőség és a reál fólíum elve. Úgy gondolom, hogy az ingatlan-nyilvántartás gyakorlati jelentősége szempontjából

⁴² 1998. évi XI. törvény az ügyvédekről

ból a legfontosabb négy alapelvet emeltem ki, amelyek a gyakorlati életben sokszor egymástól el nem választhatóan, együttesen fejtik ki hatásukat.

Megállapítható, hogy az új törvény tekintettel van a korábbiakban kialakult joggyakorlatra, s törekszik – különös tekintettel a nyilvántartás számítógépen történő megvalósítására – az egyes intézmények korszerűsítésére, az elavult rendelkezések kiiktatására. A jogalkotó az újdonságként ható számítógépes nyilvántartás által biztosított széleskörű alkalmazási lehetőségeket a törvénybe építve sem feledkezett meg a magyar jogban már kialakult, meggyökeresedett alapelvekről. Az alapelvek érvényesülése az Itvr.-hez képest sokkal inkább előtérbe került, azonban a részletjogszabályok terén még maradtak kitöltendő ürök, tisztázandó kérdések. Az új törvény kapcsán mindenképp elmondható, hogy nem a „telekkönyvet fenyegető veszélyként” került alkalmazásra a számítástechnika, mint attól néhányan⁴³ tartottak, hanem sokkal inkább eme technikai lehetőségnek a jogbiztonság érdekében történő hasznosítására törekszik. A szűkös anyagi keretek, gyenge teljesítményű számítógéppark még nehézkessé teszik az ügyintézt, azonban ezek könnyen elhárítható problémák. A veszélyt sokkal inkább közhitelesség körében érezhető bizonytalanságok, a kézbesítés kérdésének megoldatlansága jelentik, amelyeket adott esetben, kellő gyakorlati tapasztalat birtokában kell újragondolni.

GÁBOR BIRÓ

SOME PRACTICAL QUESTIONS OF BASIC PRINCIPLES OF THE NEW LAW ABOUT REGISTRATION SYSTEM OF PROPERTIES

(Summary)

The CXLIV. 1997. law about registration system of properties accepted by the Parliament on 2 December 1997 and became valid after a one-year delay on 1 January, 2000. The law considers unchanged those classical basic principles which arise from the cadastral register and so far have described the registration system of properties. In my study, I'm looking for the problems arising from the topics of registration, public authenticity, publicity and principle of documentary in real life. From the aspect of the practical importance of the registration system of properties. I emphasized the four most important basic principles which seldom can be separated from each other because they have parallel effects .

The essence of the principle of registration is in connection with the legal effect of registration and notice as it results or restricts the public authenticity, the most important effect of the registration system of properties. I'm looking over their legal effects in detail.

⁴³ PETRIK FERENC: *Ingatlan-nyilvántartás. Kommentár a gyakorlat számára.* HVGOrac, Budapest, 1997. 2.

The principle of publicity basically helps the success of the principle of public authenticity as the people have proper information on indicated data, registered rights and noticed facts if the law attaches proper publicity to the registration system of properties. But according to some authentic parts of the registry the law doesn't assure a full-scale publicity so it restricts public authenticity.

In spite of the fact that during the previous restriction a legislator was more precise in wording the principle of public authenticity and endeavored to protect the honest aquiritors, the public authenticity didn't completely succeed. It would necessitate the reduction of the limits of public authenticity that would be imaginable with more unambiguous formulations specifications and with the decrease of some of the stages of legal relief system in the process of registry. The other solution would be if the would declare public authenticity in those cases when the limits undoubtedly can't prevail. Above all, the principle of document serves the success of the principle of registration but on the other hand its rules demand more and more strict formality – regarded to the increase of property-trade – became the device of establishing and maintaining of rule of law and legality. In a wider sense the use of written records in itself means the limit of contractual freedom but the demand of rule of law makes it more reasonable. The question in this sense is how far this restriction can spread or in what way can the obligatory elements of the contract be prescribed or in case of omission what kind of punitive sanction does the law use against defaulters.

The new law takes legal practice into consideration and tries – especially the enrolment on computer files – to modernize certain institutions and to eliminate the obsolete dispositions. The widespread possibilities secured by computer using weren't forgotten by the legislator and basic principles that were developed and established in Hungarian law system were built in the law. The success of basic principles compared to so called "Itvr." came rather to the front but didn't plug gaps and uncleared questions also remained in other parts of law system. The uncertainty in public authenticity and in question of delivery can rather cause problems which must be rethought in the possession of practical experience.

KATRIN VOM FELDE

Die Grenzen zulässiger Bedingungen in der Testierfreiheit nach der heutigen Rechtslage

1. Die Folgen der veränderten Gesellschaftsordnung

Die Gesellschaft in den Industrienationen hat sich im 20. Jahrhundert, insbesondere in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts, stark gewandelt. Der technische Fortschritt und die – jedenfalls teilweise – vermehrte Toleranz der fortentwickelten Gesellschaft gestatten in den verschiedensten Lebensbereichen eine enorme Vielfalt, indem über unterschiedliche Ansichten und Lebensformen informiert und ihre faktische Verwirklichung ermöglicht wird. In früheren Zeiten hatten die weitaus meisten Menschen wenig oder keine Gelegenheiten, über den eigenen Lebensbereich und Horizont hinauszuschauen, so daß sich keine Alternativen zu ihrer Daseinsform und ihren Einstellungen boten. Durch den heutigen Pluralismus in fast allen Lebensbereichen werden viele Möglichkeiten eröffnet, aber auch der überkommene, bekannte und übliche Lebensrahmen in Frage gestellt. Diese Lockerung festgefügtter Systeme verlangt und bewirkt auch häufig umfassende Toleranz gegenüber den Selbstverwirklichungswünschen des Individuums. Sie erfordert aber auch die kritische Auseinandersetzung mit den vielen Wegen, die sich öffnen, und die Wahl des jeweils geeigneten, zu der viele Menschen – zumindest nach der Ansicht anderer – nicht oder nicht ausreichend in der Lage sind, so daß insoweit der Wunsch nach Beeinflussung entsteht.

Für den hier untersuchten Bereich bedeutet das zunächst generell einen gegenüber früheren Zeiten erweiterten Schutzanspruch des Einzelnen vor gleichzeitig oft vermehrten Eingriffen in seine Lebensführung durch den Erblasser.

Vor diesem Hintergrund wird bei entsprechenden letztwilligen Anordnungen häufig vorab geprüft, ob tatsächlich eine rechtsgeschäftliche Bedingung vorliegt, oder ob nicht lediglich ein Wunsch, eine Empfehlung oder ein Ratschlag des Erblassers vorliegt, was besonders dann als naheliegend angesehen wird, wenn die Bedingung die persönliche Freiheit in der Weise beeinträchtigt, daß bei Annahme einer Bedingung deren Sittenwidrigkeit in Betracht käme.¹ Diese Handhabung wird als flexibel und wünschenswert betrachtet, weil damit den Umständen des Einzelfalls Rechnung

¹ So auch KELLENTER, WOLFGANG: *Bedingte Verfügungen von Todes wegen, insbesondere auch ein Beitrag zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen*. Diss. Bayreuth 1989, S. 34, 183 ff.

getragen werden,² insbesondere dadurch die Geltung der letztwilligen Verfügung erhalten werden könne, weil anderenfalls möglicherweise Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit vorläge. Das läuft auf den schon aus römischer Zeit bekannten favor testamenti hinaus. Für diese Sichtweise kann angeführt werden, daß der Erblasser vielleicht tatsächlich nur einen dringenden Wunsch oder Rat in seiner letztwilligen Verfügung festgehalten hat, um diesem besondere Eindringlichkeit zu verleihen, etwa, weil der Bedachte vor dem im letzten Willen geäußerten Wunsch mehr Respekt haben könnte oder diesen schlicht aus Pietät erfüllen werde.

Gegen eine solche flexible Beurteilung spricht aber die enorme Unsicherheit, die dadurch entsteht. Zum einen wird es oft schwierig, wenn nicht unmöglich sein, nach dem Tod den "wahren Willen" – freibleibender Ratschlag oder bindende Bedingung – zu ermitteln; zum anderen bleibt die danach erfolgte Entscheidung notgedrungen subjektiv, zweifelhaft, unvorhersehbar und deshalb angreifbar. Deshalb sollte eine als Bedingung gefaßte Anordnung auch wie eine Bedingung im juristischen Sinne bewertet werden, wenn nicht gravierende, aus dem Wortlaut ersichtliche Zweifel daran bestehen, daß eine Bedingung gewollt war, um eine Unberechenbarkeit der rechtlichen Würdigung und damit der Rechtsprechung zu vermeiden.

Eindeutig um einen Wunsch oder Rat handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung somit nur dann, wenn die Anweisung sehr generell gehalten ist, z.B. "wenn er immer anständig lebt", "wenn er sich nichts zuschulden kommen läßt" usf. Dann aber läßt sich häufig auch kaum objektiv feststellen, ob der Bedachte sich daran gehalten hat oder nicht, weil "anständig" aus der Sicht des Erblassers möglicherweise enger oder weiter gesehen wird als von den "billig und gerecht Denkenden". In diesen Fällen wird mangels konkreter Anhaltspunkte nur letzteres bzw. jedenfalls eine Lebensführung ohne strafrechtlich relevantes Verhalten zu fordern sein.

Wenig problematisch ist die Beifügung einer Potestativbedingung ferner dann, wenn der Bedachte ohnehin entschlossen ist, sich entsprechend der Bedingung zu verhalten,³ und der Testator dies weiß, z. B., wenn der Bedachte bereits verlobt und zur Ehe entschlossen ist, und der Testator ihm unter der Bedingung der Eheschließung mit der jetzigen Verlobten etwas zuwendet, oder wenn der Bedachte bereits die Ergreifung eines bestimmten Berufes beschlossen hat und der Testator eine Zuwendung unter die Bedingung stellt, daß er diesen Beruf ergreife. In solchen Fällen wird es selten zu Streitigkeiten kommen; nach überwiegender Ansicht entfällt damit eine Beeinträchtigung des Bedachten und damit die Sittenwidrigkeit.⁴

Im übrigen finden die den letztwilligen Verfügungen beigefügten Bedingungen ihre Grenzen in der allgemeinen Vorschrift des § 138 BGB, denn im Erbrecht sind hierfür keine speziellen Regelungen getroffen. Allerdings sind die erbrechtlichen Besonderheiten bei der Auslegung zu berücksichtigen.⁵ Dabei sind nicht nur die Bedingungen nichtig, die eine strafbare oder sittenwidrige Handlung verlangen, sondern auch solche, die ein an sich neutrales Verhalten fordern, das aber nicht unter Beeinflussung

² MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 HGB Rz. 6.

³ Vgl. KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 77 ff.

⁴ So KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 77 ff. m.w. N.

⁵ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 2 m.w. N.

durch finanzielle Vorteile erfolgen soll.⁶ Dazu zählen hauptsächlich solche Handlungen, bei denen der freie Entschluß besonders, meist auch grundrechtlich, geschützt ist.

Eine allgemeine Formel läßt sich ebensowenig finden wie im römischen Recht, sondern die Beurteilung hängt von den bereits dargestellten Aspekten ab. Im folgenden wird näher untersucht, welchen Einfluß einzelne Aspekte im heutigen Recht auf die Beurteilung solcher Bedingungen haben.

II. Die einzelnen Aspekte

1. Erziehung, Familie und Vermögen

Im Bereich der Erziehung ist eine erhebliche Verringerung der Autoritäten der Eltern und älterer Personen im allgemeinen eingetreten. Eltern werden von den Kindern, aber auch von der Gesellschaft, zunehmend weniger als "Respektpersonen alten Stils", sondern mehr als "Partner" angesehen oder zumindest gewünscht. Sie sollen nach verbreiteter Ansicht weniger ein erstrebtes Verhalten erzwingen, sondern eher helfen, den richtigen Weg selbst zu finden und die Persönlichkeitsentfaltung fördern, statt die Persönlichkeit einzuengen oder in eine Richtung zu lenken. Im Hinblick darauf kann eine Bedingung, die die persönliche Lebensführung betrifft, heutzutage die Autorität nur mehr in geringem Umfang zu ihrer Legitimation anführen. Demgemäß hat der Aspekt des Gehorchens oder der Autorität im Sinne einer römischen Autorität bei der Beurteilung von Potestativbedingungen nunmehr ein weitaus geringeres Gewicht.

Dagegen wird eine gewisse Pietät durchaus noch anzutreffen sein, aufgrund derer manche Bedingungen – etwa die Grabpflege – gesellschaftlich akzeptiert und als zulässig angesehen werden, obschon sie in die persönliche Lebensführung eingreifen, aber doch meist in einem erträglichen Umfang.

Allgemein ist eine erhebliche Lockerung des Familienzusammenhalts festzustellen; die Großfamilie weicht mehr und mehr der Kleinfamilie; oft wohnen Verwandte weit entfernt. Damit verringert sich auch die persönliche Beziehung der Familienmitglieder mit der Folge, daß familiäre Erwägungen sowohl bei der Abfassung als auch bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen oft in den Hintergrund treten können, soweit die Betroffenen wenige persönliche Bindungen aneinander hatten.

Dennoch verbleibt der Wunsch, das Vermögen in der Familie bzw. für die eigenen Nachkommen zu erhalten, als wesentlicher Aspekt. Familientraditionen oder gar das Herkommen – eben das, was bei den Römern unter *mos maiorum* zusammengefaßt war – sind verblaßt oder nahezu völlig verschwunden.

Wenn überhaupt, sind sie im wesentlichen in adligen Familien oder Ausnahmefällen in reduziertem Umfang erhalten geblieben. Denkmäler werden in neuerer Zeit nicht mehr aufgrund letztwilliger Verfügungen errichtet, an ihre Stelle treten Stiftungen für öffentliche oder soziale Zwecke, und zwar nach wie vor auch mit dem

⁶ Statt aller MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14 m.w. N.; SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 20 f.

Aspekt des Bekanntwerdens und der "Unsterblichkeit". Insoweit ist Bruck⁷ dahin zuzustimmen, daß sich die Menschen ihrer Persönlichkeiten und Eigenarten nach seit der Antike wenig verändert haben (was sich in vielerlei Bereichen als bedauerlich und als nachteilige mangelnde Lernbereitschaft aus der Geschichte und früheren Fehlern darstellt). Soweit solche Stiftungen, Spenden oder sonstige Zuwendungen als Bedingung beigefügt werden, werden diese als zulässig erachtet, weil sie sich nur auf das Vermögen beziehen.⁸ Dafür spricht auch, daß das Erbe angesichts der Möglichkeit des Verstorbenen, alles zu verbrauchen, die "Stiftung" zu Lebzeiten zu errichten bzw. zuzuwenden oder insgesamt anders zu testieren, als "unverdient erworben" angesehen werden kann. Im Hinblick darauf erscheint es nicht unbillig, daß der Bedachte von dieser Zuwendung einen Teil abtreten muß. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß der Erblasser die Zuwendung auch selbst zu Lebzeiten oder von Todes wegen hätte vornehmen können.

2. Eheschließung

Anordnungen im Hinblick auf Eheangelegenheiten werden – wie schon seit dem römischen Recht durchgängig mit gewissen Ausnahmen während der nationalsozialistischen Zeit – grundsätzlich als unzulässig betrachtet.⁹ An der Begründung hat sich im wesentlichen nichts geändert; es wird darauf hingewiesen, daß es sich um eine höchstpersönliche Entscheidung handelt, die nicht unter Beeinflussung durch materielle Zuwendungen oder Wegfall solcher Zuwendungen erfolgen soll. Zusätzlich ist der Bereich der Eheschließung heute durch Art. 6 GG geschützt, so daß eine entsprechende Bedingung aufgrund von § 138 BGB, Art. 6 GG unzulässig ist. Zu den unzulässigen Bedingungen zählen auch und insbesondere solche, die die Eheschließung mit einer bestimmten Person oder einem Angehörigen einer bestimmten Personengruppe aus rassistischen Erwägungen fordern oder untersagen.¹⁰ Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Zuwendung unter der Bedingung der Heirat einer bestimmten Person erfolgt, sofern diese Heirat ohnehin geplant ist und damit kein Druck auf den Bedachten ausgeübt wird.¹¹

Wiederverheirungsklauseln,¹² die nur der Sicherstellung des Lebensunterhalts für den überlebenden Ehegatten bis zur erneuten Heirat oder der Erhaltung des Vermögens für die Nachkommen dienen, sind weiterhin zulässig,¹³ ebenso wie vergleichbare Regelungen, die einer Person bis zur Eheschließung Leistungen gewähren, derer die Person in der Ehe nicht bedarf¹⁴ bzw. für den Fall der

⁷ BRUCK, EBERHARD FRIEDRICH: *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954, S. 62 ff.

⁸ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 22.

⁹ Statt aller MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 m.w. N.; eingehend auch SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 26 ff. m. zahlr. w. N.

¹⁰ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 28 m.w. N.; MIKAT, FS Nipperdey, S. 581 (597 ff.).

¹¹ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 29.

¹² Dazu eingehend DIPPEL, AcP 177 (1977), S. 349 ff. m.w. N. und KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 116 ff.

¹³ Etwa KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 116 ff.

¹⁴ Statt aller SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 26 f. m. zahlr. w. N.

Eheschließung Leistungen für die zu gründende Familie gewähren, ohne aber insoweit Druck auszuüben.¹⁵

3. Religion, Beruf und Wohnort

a) Religion und Konfession, Kriegsdienstverweigerung

Bedingungen, die in diese grundgesetzlich geschützten Bereiche der persönlichen Entfaltung eingreifen, sind sittenwidrig. Der Grund für die Sittenwidrigkeit liegt in dem Versuch der Beeinflussung einer höchstpersönlichen Entscheidung.¹⁶

b) Wohn- bzw. Aufenthaltsort

Bedingungen hinsichtlich des Wohnorts sind grundsätzlich wegen Art. 11 GG unzulässig,¹⁷ sofern sich nicht ausnahmsweise im Hinblick auf den Inhalt des Zugewandten eine vernünftige sachliche Rechtfertigung findet.¹⁸ Das wird in der heutigen Zeit angesichts zunehmender Mobilität und moderner Kommunikationstechnologie nur noch selten der Fall sein.¹⁹ Dagegen können regelmäßige Besuche am Grab des Erblassers als Bedingung auferlegt werden, weil dies den Bedachten in seinen höchstpersönlichen Entscheidungen nicht wesentlich beeinträchtigt²⁰ und auch auf den grundsätzlichen Wohn- und Aufenthaltsort ohne Einfluß ist. Als Beispiel mag ein am 30.11.1964 vom BGH²¹ entschiedener Fall dienen: Eine Erblasserin bedachte die Behindertenfürsorge und wünschte für 100 Jahre einmal jährlich den Besuch ihrer Gruft mit musikalischer Untermalung, nach Möglichkeit einer Regimentskapelle; die Bedingung wurde zugelassen, obwohl die Gruft inzwischen abgebrochen war und die Grabstätte sich auf einem anderen Friedhof befand. Insoweit fand auch hier der Grundsatz des *favor testamenti* Anwendung.²²

In diesem Zusammenhang ist allerdings nicht zu verkennen, daß die Erfüllung solcher Bestimmungen nicht kontrolliert werden kann, so daß es sich möglicherweise auch um einen bloßen Wunsch des Erblassers, der ohne Einfluß auf den Erhalt des Zugewandten ist, handeln kann.

c) Beruf

Bedingungen, die die freie Berufswahl einschränken und damit den durch Art. 12 GG geschützten Bereich betreffen, sind ebenfalls nicht zulässig, weil sie in die

¹⁵ Zum Ganzen STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 33 ff.

¹⁶ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 22, 29; KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 130 ff., zur Kriegsdienstverweigerung S. 140 f. m.w. N.

¹⁷ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 22, 29, jeweils m.w. N.

¹⁸ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 a. E.; SOERGEL/LORITZ § 2074 BGB Rz. 29 m.w. N.; STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 41; KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 143 ff. m.w. N.

¹⁹ SOERGEL/LORITZ § 2074 BGB Rz. 29.

²⁰ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 23 m.w. N.; STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 29.

²¹ BGHZ 42, 327.

²² Vgl. dazu auch ZIMMERMANN, FS Kaser 1986, S. 395 (414) mit dem Hinweis auf den *favor testamenti* als "wiederkehrende Rechtsfigur"; zu letzteren auch MAYER-MALY, JZ 1971, S. 1 ff.

höchstpersönliche Lebensführung eingreifen, soweit sich nicht wiederum aus dem Vermachten sachliche Gründe dafür ergeben,²³ beispielsweise die Zuwendung eines Geldbetrages unter der Bedingung der Eröffnung einer Anwaltspraxis als Starthilfe. Rechtfertigungen aus dem Aspekt väterlicher bzw. familiärer Autorität entfallen aufgrund der oben bereits dargelegten Erwägungen.

d) Sonstiges

Alle weiteren Bedingungen, die in die persönliche Lebensführung und grundrechtlich geschützte Bereiche des Bedachten eingreifen, sind unzulässig, etwa das Verlangen, der Bedachte möge einer politischen Partei oder Gewerkschaft beitreten oder dies unterlassen, weil diese Entscheidungen in keinerlei Zusammenhang mit dem zugewandten Vermögen stehen.²⁴ Auch in diesem Zusammenhang macht sich die erhebliche Verringerung von Autorität bemerkbar, denn diese war oft die einzige Rechtfertigung für derartige Bestimmungen.

Das gilt grundsätzlich auch für die Bedingung, etwa das Rauchen oder Trinken aufzugeben oder eine Sucht zu bekämpfen. Solche Bedingungen betrachteten nach den Vorentwürfen die Redaktoren als zulässig;²⁵ heute dürfte das nicht ganz so eindeutig sein, eben aufgrund des gesteigerten Freiheitsschutzes des Bedachten. Im Ergebnis wird man aber die Bedingung wohl für zulässig halten, da es sich bei dem zu unterlassenden Verhalten um ein schädliches handelt.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß man heute bemüht ist, Potestativbedingungen soweit als möglich individuell auszulegen, d.h. nach den jeweiligen Motiven des Erblassers zu forschen. Wenn und soweit eine Bedingung – wie etwa die oben bei der Frage der Eheschließung erwähnten – erkennbar keiner Beeinflussung des Bedachten dient, sondern lediglich die Anpassung an eine durch freie Entscheidung geschaffene Situation bewirken sollte, soll sie gültig sein. Somit soll möglichst eine starre Regelung vermieden werden, doch bestehen naturgemäß häufig Schwierigkeiten, den Willen des Verstorbenen zu ermitteln, so daß insoweit eine feste Regelung verbleibt, als die Beeinträchtigung der freien Willensbildung des Bedachten in den beschriebenen geschützten Bereichen ohne konkrete Gründe grundsätzlich nicht zugelassen wird. Soweit der Bedachte das ihm angesonnene Verhalten ohnehin beabsichtigte, wird das Testament keine Probleme aufwerfen; soweit er sich beeinträchtigt fühlt, gilt der vorrangige Schutz der genannten Lebensbereiche.

Grundlage hierfür ist die vom Gesetz in § 2084 BGB geforderte *benigna interpretatio* – die wohlwollende, erhaltende Auslegung –, die ihrem Sinngehalt nach

²³ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 m.w.N.; KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 152 ff. m.w.N.

²⁴ Vgl. nur MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 m.w.N.; zu weiteren Bedingungen vgl. THIELMANN, GEORG: *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*. Berlin 1973, und KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 142 ff., 160 ff., jeweils m. zahlr. w.N.

²⁵ SCHUBERT: *Vorentwürfe zum BGB*, Allg. Teil, § 73 a. E., S. 244.

dem römischen *favor testamenti* entspricht:²⁶ Die Auslegung hat so zu erfolgen, daß dem Willen des Verstorbenen möglichst weitgehend Geltung verschafft wird. Sie ist auch in der Weise vorzunehmen, daß übermäßige Schwierigkeiten bei der Abwicklung, Kosten und Steuern vermieden werden.²⁷

Auch andere römischrechtliche Grundsätze finden sich heute noch im BGB, so stellt § 2169 BGB eine Ausprägung des *favor heredis* dar. § 2169 verpflichtet bei Vermächtnissen den Erben grundsätzlich nur dazu, dieses aus dem Nachlaß zu erfüllen, und legt fest, daß grundsätzlich nicht von einem Verschaffungsvermächtnis auszugehen ist, z. B. ist ein Vermächtnis unwirksam, wenn der fragliche Gegenstand zum Erbfallszeitpunkt nicht zum Nachlaß gehört, es sei denn, der Gegenstand sollte auch für diesen Fall zugewandt sein. Der *favor heredum legitimorum* ist in Mot. V, 52 = Mugdan V, 2B enthalten.²⁸

III. Alternative Lösungsansätze in der Literatur

1. Das Kriterium des Eingriffs in die Privatsphäre

a) Lösungsansatz

Keuk²⁹ will die Unterscheidung der sittenwidrigen und damit unzulässigen Bedingungen von den zulässigen generell danach treffen, ob die Bedingung als Eingriff in die Privatsphäre des Bedachten anzusehen ist. Dann soll stets Sittenwidrigkeit vorliegen. Diese Auffassung rechtfertigt sie damit, daß Bedingungen bei letztwilligen Zuwendungen ausschließlich im vermögensbezogenen Bereich hinzugefügt werden könnten. Damit sind solche Bedingungen gemeint, die erkennbar und eindeutig in der Beschaffenheit oder dem Schicksal des Nachlasses ihre Berechtigung haben. Darüber hinaus könne der Erblasser nach seinem Tod weder ein schützenswertes Interesse am Schicksal seines Vermögens noch am Verhalten des Bedachten haben. Zudem sei mit seinem Tod der Einfluß auf den Bedachten beendet, dies müsse er hinnehmen und könne nicht versuchen, noch "aus dem Grab heraus" seine Vorstellungen durchzusetzen.

b) Reaktionen in der Literatur

Zustimmend äußert sich Leipold,³⁰ kritisch hingegen meint Otte,³¹ diese Differenzierung sei zu pauschal und überdies dem geltenden Recht nicht zu entnehmen. Insgesamt stößt die Auffassung Keuks wohl häufig auf Ablehnung.³²

²⁶ Vgl. WIELING, HANS JOSEF: *Testamentsauslegung im römischen Recht*. München 1972, S. 251.

²⁷ WIELING, *Testamentsauslegung*, S. 253.

²⁸ Dazu auch WIELING: *Testamentsauslegung*, S. 252 f. m.w. N.

²⁹ KEUK, FamRZ 1972, S. 9 (14 f.).

³⁰ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14 ff.

³¹ STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 27.

³² Etwa KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 59 m.w. N.

c) Wertung

Grundsätzlich erscheint die von Keuk vorgeschlagene Unterscheidung vernünftig – jedenfalls aus der Sicht des Bedachten – und hat den Vorteil der relativen Einfachheit für sich. Auch der Einwand, irgendwann müsse die Beeinflussung ein Ende haben, ist nicht von der Hand zu weisen. Dieser Gesichtspunkt ergibt sich bereits aus den Regelungen über die Nacherbschaft und die Testamentsvollstreckung, wo § 2109 BGB für die Nacherbschaft, § 2044 BGB für die Ausschließung der Auseinandersetzung, § 2162 BGB für aufschiebende Bedingungen oder Anfangstermine und § 2210 BGB für die Dauertestamentsvollstreckung jeweils eine Frist von 30 Jahren setzen. Auch die strenge Beschränkung auf vermögensbezogene Bedingungen kann sich auf die Rechtsgeschichte stützen: Sowohl im römischen als auch im deutschen Recht entwickelte sich die Testierfreiheit ursprünglich auch aus dem Wunsch, durch Auswahl eines Erben die Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden oder ganz allgemein zu bewirken, daß das Schicksal des Nachlasses dem Wunsch des Erblassers entsprach,³³ d.h. die Testierfreiheit entwickelte sich ursprünglich auch nachlaß- bzw. vermögensbezogen.³⁴

Die Ansicht Keuks liegt auch auf einer Linie mit der von Otto³⁵ zitierten Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 21, 279 ff.), das unter Berufung auf §§ 9, 136 I 4, 63 I 12 ALR die Bedingung der Beibehaltung des religiösen Bekenntnisses "pro non scripta" betrachtete, weil die Bekenntnisfreiheit auch nicht Gegenstand einer Willenserklärung sein könne. Gegenüber dieser stärker auf die Person des Bedachten abstellenden Auffassung ist indes zu berücksichtigen, daß der Erblasser ebensogut völlig anders hätte testieren können, etwa den Bedachten bis auf einen evtl. Pflichtteil vollkommen ausschließen konnte. Ferner ist die Tatsache, daß der Erwerb von Todes wegen ohne Rechtsanspruch und ohne Gegenleistung erfolgt,³⁶ in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen. Schließlich steht es dem Bedachten ebenso wie die Ausschlagung frei, die ihm unangenehm erscheinende Bedingung nicht zu erfüllen. In diesem Fall steht er nicht schlechter als wenn der Testator noch weitergelebt oder ihn nicht bedacht hätte. Er erleidet keinen Nachteil durch die Bedingung, sondern ihm ist lediglich eine Art Hürde zum Erwerb eines Vorteils gesetzt worden, den er ohne weitere Gegenleistung erhält. Bedenken bestehen ferner hinsichtlich des Begriffs der Privatsphäre, den Keuk nicht definiert. Der Bereich der Privatsphäre kann eng oder weit gezogen werden; deshalb können sich insoweit Unsicherheiten ergeben.

Hinsichtlich der von Otto angeführten Reichsgerichtsentscheidung schließlich ist zu berücksichtigen, daß diese Entscheidung vor Geltung des BGB erging. Seinerzeit konnte eine solche Bedingung gestrichen werden; nach heute geltendem Recht ist das nicht möglich, deshalb ergibt sich bereits eine wesentlich veränderte Ausgangsposition. Zudem wirken im BGB die – heute grundrechtlich geschützten – Rechtspositionen wie etwa die Gewissensfreiheit allein über die Generalklauseln ein.

Auch hier ist ferner zu bedenken, daß es sich gerade nicht um eine vertragliche Vereinbarung der Beteiligten handelt, eine synallagmatische Beziehung, die unter

³³ KIPP, THEODOR/COING, HELMUT: *Erbrecht*. Tübingen 1978, § 1 II 3, S. 6 f.

³⁴ KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 83 m.w.N.

³⁵ OTTE, HANSJÖRG: *Personale Freiheit und soziale Bindung*. München 1978, S. 6, 119 ff.

³⁶ So auch SIMON, FS Wolf, S. 627 (632); KELLENTNER, *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 56.

Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ausgehandelt wird, sondern um eine einseitige Zuwendung des Erblassers, zu der keine Verpflichtung besteht und bei der auch nicht "fair" oder "vernünftig" gehandelt zu werden braucht. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

2. Das Kriterium des Eingriffs in den Kernbereich des Grundgesetzes

a) Lösungsansatz

Thielmann³⁷ wählt einen anderen Weg, indem er wesentlich auf die Wertungen des Grundgesetzes abstellt. Soweit demnach Kernbereiche der Grundrechte betroffen sind, sollen Bedingungen stets unzulässig sein. Das entspricht zwar vielleicht nicht methodisch, doch jedenfalls im Ergebnis im wesentlichen der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Lehre. Sein Ergebnis kann auch dem von Keuk nahekommen, wenn man die von ihr für maßgeblich gehaltene Privatsphäre in etwa mit dem grundrechtlich geschützten Bereich gleichsetzt.

Er weicht von der überwiegenden Ansicht jedoch insoweit ab, als er von einer weitergehenden Drittwirkung der Grundrechte zumindest im Bereich des Testamentenrechts ausgeht, insbesondere etwa den Gleichheitssatz als Beschränkung der Privatautonomie ansieht.³⁸

b) Reaktionen in der Literatur

Dieser Auffassung werden von der überwiegenden Ansicht, die die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht ablehnt, Bedenken entgegengehalten. Vor allem wird eingewandt, die Grundrechte richteten sich nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Sinngehalt in erster Linie als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat und nicht gegen andere Personen.³⁹ Dementsprechend haben die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Großteil der Literatur die Frage der Drittwirkung der Grundrechte stets sehr zurückhaltend beantwortet.⁴⁰

c) Wertung

In erster Linie im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Grundrechte erscheint die überwiegende Auffassung bezüglich der Drittwirkung vorzugswürdig. Gerade für die Grundrechte sind die Entstehungsgeschichte und ihre Zielrichtung von besonderer Bedeutung für die Auslegung und den Geltungsbereich. Damit ist eine generelle unmittelbare Anwendung der Grundrechte im Privatrecht, wie Thielmann sie

³⁷ THIELMANN, GEORG: *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin 1973.

³⁸ Dazu auch LINDACHER, WALTER F.: *Rezension zu Thielmann, Georg: Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin 1973, in: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* Bd. 175 (1975), S. 257 f.

³⁹ Statt aller KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 63 ff. m.w. N.; ferner LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

⁴⁰ Vgl. nur MIKAT, PAUL: *Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit*, in: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München–Berlin 1965, S. 581 (584 ff.).

vorschlägt, nicht zu vereinbaren und infolgedessen zumindest im Erbrecht abzulehnen.⁴¹

3. Der kombinierte Ansatz

a) Lösungsansatz

Kellenter versucht, mit Hilfe einer Kombination der beiden dargestellten Methoden zum Ziel zu kommen. Er prüft die Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB zunächst anhand der Grundrechte, will allerdings – anders als Thielmann – den Kernbereich nicht grundsätzlich unangetastet lassen, sondern kommt im Einzelfall gegebenenfalls zu einem völligen Zurücktreten eines Grundrechts⁴² mit der Begründung, daß anderenfalls der Kernbereich der Testierfreiheit angetastet werden könne. Nach Kellenter soll keine generelle Bevorzugung der Rechte des Erblassers oder des Bedachten feststehen, sondern vielmehr im Fall einer entsprechend der obigen Prüfung festgestellten Grundrechtskollision jeweils eine Einzelfallabwägung stattfinden. Hierfür stellt Kellenter eine gewisse Rangfolge der verschiedenen Grundrechte auf. Wenn im Spannungsfeld der kollidierenden Grundrechte eine Lösung nicht zu finden ist, soll allein die vermögensbezogene Bedingung gemäß der Meinung von Keuk zulässig sein,⁴³ d.h. nur dann, wenn die Bedingung aufgrund des spezifischen Charakters des Vermögens vernünftig und nachvollziehbar und erkennbar aufgrund dessen beigelegt wurde, ist die Bedingung nicht sittenwidrig.

Ferner will Kellenter bei der Abwägung berücksichtigen, ob der Bedachte mit der Zuwendung rechnen durfte, etwa beim gesetzlichen Erbe, oder ob es sich um eine unverhoffte Zuwendung (des sprichwörtlichen "Erbonkels aus Amerika") handelt.

b) Reaktionen in der Literatur

Soweit ersichtlich, gibt es weniger konkrete Reaktionen als auf die zuvor geschilderten Auffassungen von Keuk und Thielmann. Es ist indes festzustellen, daß in diesem Bereich ohnehin kaum eine Auffassung sich völlig mit der anderen deckt, ohne daß dies unbedingt zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

c) Wertung

Soweit Kellenter nicht von den Kernbereichen der Grundrechte ausgeht, erscheint seine Ansicht einleuchtend. Denn die Grundrechte richten sich, wie schon oben bei der Stellungnahme zur Ansicht Thielmanns dargestellt, nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Sinngehalt in erster Linie als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat und nicht gegen andere Personen.⁴⁴ Dementsprechend haben die Rechtsprechung des

⁴¹ So auch LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

⁴² KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 62 ff., 68 ff.

⁴³ KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 68 ff., 96 ff., 110 ff.

⁴⁴ Statt aller KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 63 ff. m.w. N.; ferner LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

Bundesverfassungsgerichts und die überwiegende Literatur die Frage der Drittwirkung der Grundrechte stets sehr zurückhaltend beantwortet.⁴⁵ Infolgedessen wird insoweit einer generellen Anwendung der Kernbereichslehre im Privatrecht, zumindest im Erbrecht, nicht zuzustimmen⁴⁶ und Kellenter insoweit zu folgen sein.

Dagegen erscheint die Berücksichtigung der Tatsache, ob der Bedachte mit der Zuwendung rechnen durfte, sehr zweifelhaft. Würde man dies berücksichtigen, so wäre eine erhebliche Beschränkung der Testierfreiheit die faktische Folge. Nach geltendem Recht bleibt es dem Erblasser mangels erbvertraglicher Bindung indes unbenommen, bis zu seinem Tod über sein Vermögen vollkommen frei zu verfügen, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen. Deshalb erwirbt der Bedachte vor dem Tod des Erblassers gerade keine schützenswerte Rechtsposition (Anwartschaft), und es ist nicht ersichtlich, weshalb bei der Bewertung der letztwilligen Anordnung darauf abgestellt werden sollte. Demnach kann Kellenter diesbezüglich nicht zugestimmt werden.

4. Gesamtabwägung und Wertung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß diese neueren und von der überwiegenden Ansicht abweichenden Meinungen häufig zu gleichen Ergebnissen gelangen, wenn auch auf dogmatisch unterschiedlichen Wegen. Allen ist gemeinsam, daß die Persönlichkeit des Bedachten, seine persönliche Lebensführung, nicht oder nur in geringem Umfang beeinträchtigt werden soll, ob nun besonders auf den grundrechtlich geschützten Bereich oder die Privatsphäre abgehoben wird, oder eine Einzelfallabwägung der Individualrechte vorgenommen wird. Bei diesen Kriterien gibt es teilweise weitgehende Überschneidungen.

Insgesamt erscheint der Lösungsvorschlag Kellenters vorzugswürdig. Die von Keuk herangezogene Privatsphäre ist ein zu undeutlicher Begriff, und der von Thielmann bevorzugten Zugrundelegung einer Drittwirkung der Grundrechte kann aus den oben erörterten entwicklungshistorischen Gründen nicht gefolgt werden. Dabei wird nicht verkannt, daß auch die von Kellenter vorgeschlagene Einzelfallabwägung unsicher und keine klare Lösung ist, doch kann für dieses Problem eine generelle Richtlinie nicht gefunden werden, eben weil jeder Einzelfall mit all seinen Facetten gewürdigt werden muß. Denn gerade hier kommt es auf die Motive des Erblassers besonders an, doch können diese kaum oder gar nicht mehr herausgefunden werden.

Letztlich wird bei aller Bemühung um angemessene Abwägung eine gewisse Subjektivität der Entscheidung im Einzelfall kaum zu vermeiden sein, womit sich faktisch eine Annäherung an die ebenfalls sehr einzelfallbezogene Bewertung im römischen Recht nicht leugnen läßt.

⁴⁵ Vgl. nur MIKAT, FS Nipperdey, S. 581 (584 ff.).

⁴⁶ So auch LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

IV. Rechtsfolgen bei unzulässiger Bedingung

1. Rechtsprechung und überwiegende Auffassung

Nach wohl überwiegender Meinung in der Rechtsprechung und teilweise auch der Literatur erfaßt die Sittenwidrigkeit der Bedingung auch die Verfügung, so daß diese regelmäßig insgesamt hinfällig wird.⁴⁷ Dieser Fall wird also anders als im römischen und im gemeinen Recht beurteilt. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf die Motive,⁴⁸ aus denen sich ergebe, daß dem Willen des BGB-Gesetzgebers im Bereich der letztwilligen Verfügungen eine Untrennbarkeit von Grundgeschäft und beigelegter Bedingung mit der Folge der Gesamtnichtigkeit bei Unwirksamkeit der Bedingung entspreche.

2. Die Gegenmeinung

Demgegenüber sind andere Autoren – etwa Flume, Lindacher, Kellenter und Otto⁴⁹ – der Auffassung, daß die Zuwendung bedingungslos aufrechterhalten werden solle,⁵⁰ wenn ein bestimmter (entgegenstehender) Wille des Erblassers nicht erkennbar sei. Denn wenn der Erblasser eine allzu beeinträchtigende und damit unzulässige Bedingung beifüge und die Verfügung deshalb insgesamt als nichtig angesehen werde, werde dem Bedachten das Zugewandte unter Umständen – wenn er nicht gesetzlicher Erbe ist – entzogen. Man gebe dem zu Schützenden "Steine statt Brot".⁵¹ Der bedingt Bedachte verliere die Zuwendung, wenn er nicht auch gesetzlicher Erbe sei. Das entspreche zwar möglicherweise dem Erblasserwillen, nicht aber der heutigen Rechtsauffassung, weil insoweit ein verfassungsrechtlich legitimierter gesellschaftlicher Wertewandel stattgefunden habe, aufgrunddessen die Rechte des Bedachten durch den grundrechtlichen Schutz stärker berücksichtigt würden.⁵² Kellenter⁵³ ist sogar der Ansicht, daß die Bedingung in jedem Fall pro non scripta zu halten ist, und zwar unabhängig davon, ob nach dem – möglicherweise ermittelbaren – Erblasserwillen bei Kenntnis der Sittenwidrigkeit die Verfügung unbedingt aufrechterhalten worden wäre oder nicht.

Vermittelnd meinen andere, daß zumindest versucht werden solle, zu erforschen, ob dem Willen des Erblassers – bei Kenntnis der Unzulässigkeit – eher die unbedingte Zuwendung oder eher der Wegfall der Zuwendung entsprochen hätte. Wenn und

⁴⁷ Dazu statt aller PALANDT/EDENHOFER: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 1996, § 2074 BGB Rz. 4 und § 2075 BGB Rz. 1; STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 55 ff.; THIELMANN, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 191 f. m.zahlr.w. N.; zur h. M. auch KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 171 ff. m.w. N.

⁴⁸ Mot. V, 19 = Mugdan, B. (Hrsg.): *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1899. V, S. 10 zu §§ 1759, 1760 und I, 267 f. = Mugdan I, S. 500 f. zu § 139.

⁴⁹ OTTE: *Personale Freiheit*, S. 120 f. m.w. N.

⁵⁰ FLUME, WERNER: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Berlin-Heidelberg, New York 1979, II, § 38, 4 d, S. 695 f. m.w. N.; ebenso LINDACHER, *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (260).

⁵¹ LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259); in diesem Sinne auch MEINCKE: FS Kaser 1976, S. 437 (458) und KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 175 ff., 180 f.

⁵² MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 18 a. E.; ähnlich, allerdings einschränkend auch Soergel/Loritz, § 2074 BGB Rz. 33.

⁵³ KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 180 ff.

soweit das nicht festzustellen sei, sei der Erblasser durch die Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung als unbedingte nicht beeinträchtigt, der Bedachte jedoch schützenswert.⁵⁴ Kellenter meint, der Erblasser sei weniger schützenswert, weil die Testierfreiheit nur in den Grenzen der guten Sitten garantiert werde und insoweit Verfügung und Bedingung getrennt zu beurteilen seien. Schließlich werde der Erblasser nicht stärker, sondern weniger stark beeinträchtigt, wenn lediglich die Bedingung gestrichen werde, weil immerhin die von ihm erwählte Person die Zuwendung erhalte.⁵⁵

3. Stellungnahme

Der letztgenannten Auffassung ist zunächst entgegenzuhalten, daß eine Bevorzugung der Individualfreiheitsrechte des Bedachten vor der Testierfreiheit des Erblassers weder nach dem Willen des BGB-Gesetzgebers noch nach dem des Grundgesetzgebers ersichtlich ist. Eindeutig ist hingegen der Wille des letztwillig Verfügenden in besonderer Weise geschützt, was auch von den Vertretern der letztgenannten Ansicht anerkannt wird.⁵⁶ Diesem Willen entsprach aber gerade die bedingte Einsetzung. Deshalb besteht kein Grund, diesen Willen – wenn er nicht erfüllt werden kann – in sein Gegenteil zu verkehren. Sowenig ersichtlich ist, daß der Erblasser die Zuwendung ohne die Bedingung nicht verfügt hätte, so unklar ist häufig auch, ob er sie dann unbedingt zugewandt hätte.⁵⁷

Otte kann nicht dahin zugestimmt werden, daß der hypothetische Wille des Erblassers dahin gehe, die Zuwendung unbedingt aufrechtzuerhalten, weil der Bedachte andernfalls leer ausgehe.⁵⁸ Das kann in jedem Einzelfall anders sein und hängt von den nicht mehr aufklärbaren persönlichen Vorstellungen und Eigenarten des Testators ab. Das Gesetz hat jedoch für den Fall fehlender oder auch unwirksamer letztwilliger Verfügungen Bestimmungen getroffen, die für den Regelfall als angemessen angesehen werden. Mit dem Einwand, die gesetzliche Regelung sei im Einzelfall nicht angebracht, kann der nicht Bedachte, und damit auch der bedingt Bedachte, nach der Intention des Gesetzes gerade nicht gehört werden, wenn nicht ausnahmsweise nachweisbare Aspekte dafür sprechen. Solche fehlen aber in aller Regel.

Dem steht der Zweck der Nichtigkeitsvorschriften nicht entgegen, denn dem Erblasser bleibt die Anordnung der als sittenwidrig beurteilten Bedingungen rein faktisch unbenommen, er muß dann aber hinnehmen, daß sie möglicherweise als sittenwidrig angesehen werden. Letztwillige Verfügungen müssen auch nicht "verständlich" oder vernünftig getroffen werden; der Erblasser kann frei verfügen und ist vom Gesetz nur durch den Pflichtteil eingeschränkt. Diese Freiheit kann nicht dahin beschnitten werden, daß im Fall sittenwidriger Bedingungen diese einfach gestrichen werden. Damit würde dem Willen des Erblassers, der hier abgesehen von § 138 BGB oberster Maßstab ist, Gewalt angetan. Denn es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die

⁵⁴ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 33, KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 175 f.

⁵⁵ KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 177 ff.

⁵⁶ Statt aller SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 33.

⁵⁷ So schon Mot. V, 19 ff. = Mugdan V, 5. 10 ff. zu §§ 1759, 1760; v. LÜBTOW: *Erbrecht* I, S. 351 f.

⁵⁸ OTTE: JA 1985, S. 192 (200).

Streichung der Bedingung statt der Nichtigkeit des gesamten Testaments den Erblasserwillen weniger beeinträchtigt. Der Testator hat nicht umsonst die Bedingung beigefügt; sie war für ihn also wesentlich, es sei denn, das Gegenteil kann ermittelt werden. Soweit vorgeschlagen wird, danach zu differenzieren, ob eine aufschiebende Bedingung vorliegt – dann soll vorzugsweise die Zuwendung aufrechterhalten bleiben – oder eine auflösende – dann soll im Zweifel gegen den Bedachten entschieden werden⁵⁹ – erscheint dieser Weg kaum geeignet. Dann hinge alles von der zufällig gewählten Variante oder gar der Formulierung des oft laienhaft testierenden Erblassers ab, was weder in seinem Sinne noch im Sinne des Bedachten sein kann und überdies Rechtsunsicherheit schafft.

Auch der bis heute gültige Grundsatz *favor testamenti* kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen, weil die Zuwendung und die beigefügte Bedingung nach den heutigen allgemeinen Lehren für Rechtsgeschäfte und beigefügte Bedingungen regelmäßig eine untrennbare Einheit bilden,⁶⁰ während das römische Recht mit der *non-scripta*-Regel offenbar nicht von Untrennbarkeit ausging, wohl wesentlich basierend auf dem *favor testamenti* und dem *favor heredis*. Nur für das Gesamttestament, die Einheit aus Hauptgeschäft und Bedingung, gilt heute der genannte *favor*-Grundsatz, nicht aber für die unbedingte Zuwendung, denn diese ist nach heutiger Sicht gerade nicht Inhalt des Testaments. Außerdem gilt die Freiheit der Testamentsgestaltung – wie andere Freiheiten auch – nur im Rahmen des geltenden Rechts und damit der geltenden Regelungen über sittenwidrige Rechtsgeschäfte mit der Folge, daß ein etwaiger Verstoß im Einzelfall festzustellen ist.

Ob die Verfügung wegen einer beigefügten Bedingung wirksam ist oder nicht, ergibt sich zwar nicht direkt aus dem BGB. Indes ordnet § 138 BGB die Unwirksamkeit einer sittenwidrigen Vereinbarung an, so daß es gerechtfertigt erscheint, dies auf die vorliegend untersuchten Fälle sittenwidriger Bedingungen ebenfalls anzuwenden. Auch der historische Gesetzgeber ging insoweit von der Gleichbehandlung der Bedingungen bei Geschäften unter Lebenden und von Todes wegen aus,⁶¹ wobei nicht verkannt wird, daß letztwillige Verfügungen, soweit sie die hier untersuchten Bedingungen enthalten, sehr häufig einseitige Rechtsgeschäfte sind. Ist die Bedingung nicht wirksam, fällt sie fort, mit ihr die letztwillige Verfügung, und es tritt gesetzliche Erbfolge ein. Dann hängt das Ergebnis vom Zufall, nämlich davon ab, ob der Bedachte zu den gesetzlichen Erben gehört. Einen Mittelweg durch Streichen der unzulässigen Bedingung hat der BGB-Gesetzgeber bewußt nicht gewählt, obwohl er das römische Vorbild und die Partikularrechte, die diesem großenteils folgten, kannte.⁶² Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist zu respektieren. Eine derart gravierende gesellschaftliche Umwälzung, die diesbezüglich Bedenken aufwerfen könnte, hat bislang trotz der oben dargelegten Veränderungen noch nicht stattgefunden.

⁵⁹ So SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 33 f.

⁶⁰ Schon Mot. V, 19 f. = Mugdan V, S. 10 zu §§ 1759, 1760 und I, S. 267 f. = Mugdan I, S. 500 f. zu § 139; ferner etwa THIELMANN: *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 194 ff.

⁶¹ STAUDINGER/OTTE: § 2074 BGB Rz. 7.

⁶² So auch RODERMUND, S. 97 m.zahlr.w. N. aus der Literatur.

Aber auch wenn das der Fall wäre, so fragte sich, ob eine gesellschaftliche Umwälzung allein Entscheidungen contra legem gestatten würde.⁶³

Letztlich müßte selbst dann eine Änderung des Gesetzes auf dem vorgesehenen, demokratischen Wege veranlaßt werden. Schließlich kann auf die oben bereits dargestellten Schwierigkeiten und Unsicherheiten verwiesen werden, die entstehen, wenn der hypothetische Wille des Erblassers zu ermitteln versucht wird: Eine solche Beurteilung wird in aller Regel willkürlich und schwer vertretbar sein, weil man ebenso gut zum gegenteiligen Ergebnis hätte kommen können.⁶⁴

Allein dann, wenn ersichtlich die Verfügung vom Erblasser auch unbedingt gewollt wäre, wobei bei dieser Feststellung aufgrund der obigen Erörterungen Zurückhaltung geboten ist, kann wegen der Herrschaft des Erblasserwillens im Einzelfall eine faktische Streichung der Bedingung in Betracht kommen, weil die Vermutung für eine vollständige Nachlaßverteilung spricht.⁶⁵ Auch in diesem Fall ist aber zu untersuchen, ob der Testator, hätte er die Unzulässigkeit der Bedingung gekannt, genauso unbedingt verfügt hätte, was wohl oft kaum zuverlässig herausgefunden werden kann⁶⁶ bzw. für den bedingt Bedachten häufig kaum zuverlässig nachzuweisen sein wird.

Es kann auch nicht Kellenter dahin zugestimmt werden, daß der Erblasser aufgrund der Beifügung der sittenwidrigen Bedingung weniger schützenswert ist. Denn der Erblasser muß die Sittenwidrigkeit nicht unbedingt als solche erkannt haben. Auch ist die Beeinträchtigung des Erblasserwillens durch die Betrachtung der Zuwendung als unbedingte nicht zwingend geringer als im Fall der Nichtigkeit. Der Erblasser hat die Bedingung bewußt als solche beigefügt und nicht nur als Wunsch oder Empfehlung, es kam ihm also entscheidend auf die Erfüllung an. Genauso, wie es möglich ist, daß er bei Kenntnis der Sittenwidrigkeit die Bedingung weggelassen hätte, ist denkbar, daß er in diesem Fall ganz anders, zugunsten einer anderen Person, testiert hätte. Daher kann Kellenters Argumentation nicht gefolgt werden.

Endlich kann der Freiheitsschutz des Bedachten zu keiner anderen Beurteilung führen. Der bedingt Bedachte wird genügend geschützt durch die Möglichkeit, der Bedingung keine Folge zu leisten.

Im Hinblick darauf, daß das Zugewandte ihm ohne Rechtsanspruch und ohne Gegenleistung zufällt, kann die Regelung auch nicht als unbillig empfunden werden.⁶⁷

⁶³ Ähnlich RODERMUND, WILFRIED: *Rechtsgeschäfte unter Vergangenheits- oder Gegenwartsbedingungen mit besonderer Berücksichtigung letztwilliger Verfügungen*. Diss. Münster 1990, S. 97 m.w. N.

⁶⁴ Entsprechend auch Mot. V, 19 ff. = Mugdan V, S. 10 zu §§ 1759, 1760.

⁶⁵ Dazu näher STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 56 f.

⁶⁶ Vgl. v. LÜBTOW, *Ulrich: Erbrecht* I. Berlin 1971, S. 352.

⁶⁷ So auch SIMON, DIETRICH v.: *Die erbrechtliche Verwirkungsklausel – ein Prüfstein für Privatautonomie*. In: Festschrift für Rnst Woolf zum 70. Geburtstag, Köln–Berlin–Bonn–München 1985, S. 627 (632); OTTO: *Personale Freiheit*, S. 239; KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 56; ferner schon SPIEB: *Unsittliche Bedingungen*, S. 19 Fn. 19.

V. Zusammenfassung

1. Abwägung der grundgesetzlich geschützten Rechtspositionen

Generell kann gesagt werden, daß in der heutigen Zeit die Individualrechte stärker geschützt werden als je zuvor. Man kann sogar von einer besonderen Sensibilität sprechen. Das wirkt sich auch im hier untersuchten Komplex aus. Es werden nicht nur weitergehende Bereiche der Lebensführung des Bedachten der Beeinflussung durch den Testator entzogen, sondern diese Bereiche unterstehen durch die Grundrechte überdies in besonderer Weise staatlichem Schutz. Der Testator ist nicht mehr der weit überlegene Teil, weil er mit seinem Vermögen nach Belieben verfahren kann, aufgrund seiner Autorität beeinflussen darf und – wie in früheren Zeiten, entsprechend gesellschaftlichen Anliegen – sogar soll, sondern seine, allerdings ebenfalls grundrechtlich garantierte, Testierfreiheit steht nunmehr auf einer Stufe mit den Persönlichkeits- und Freiheitsrechten des Bedachten. Er darf zwar im Rahmen seiner Privatautonomie das Schicksal seines Vermögens bestimmen, aber grundsätzlich nicht die persönliche Lebensführung des Bedachten. Soweit in solchen Fällen die jeweiligen Rechte kollidieren, setzt die Rechtsordnung Grenzen.⁶⁸ Dabei treten Schwierigkeiten auf, wenn zweifelhaft ist, ob das Verhalten beeinflußt werden sollte, oder ob der Erblasser lediglich für den Fall bestimmter Entscheidungen des Bedachten anders disponieren wollte, ohne auf dessen freie Willensentschließung einwirken zu wollen.⁶⁹ Dann ist danach zu urteilen, ob ein erstrebtes Verhalten durch die Zuwendung "erkauft" werden soll.⁷⁰

Ist aber ein grundrechtlich geschützter Bereich betroffen, so sind besonders strenge Anforderungen an die Zulässigkeit der Bedingung zu stellen, so daß Bedingungen insoweit nur wirksam sind, wenn eine vernünftige sachliche und nachvollziehbare Rechtfertigung besteht.⁷¹ Dabei dürfte es sich allerdings weniger um einen positiv zu prüfenden Punkt als eher um eine Negativgrenze handeln.⁷² Die weitere "Erziehung" bereits erwachsener Nachkommen oder Verwandter wird in heutiger Zeit kaum mehr toleriert. Vielmehr soll der volljährige, mündige Bürger keine über das notwendige Maß hinausgehenden Beeinträchtigungen seiner Freiheitsrechte und seiner persönlichen Entfaltung hinnehmen müssen, insbesondere nicht mehr nach dem Tode des möglicherweise früher "Erziehungsberechtigten". Letztlich hat indes stets eine Abwägung im Einzelfall stattzufinden.

Allgemein kann festgestellt werden, daß nach überwiegender Auffassung eine Bedingung, die die persönliche Lebensführung des Bedachten betrifft, heute regelmäßig nur dann zulässig ist, wenn sie sich lediglich auf die Verwendung oder das Schicksal des Zugewandten bezieht, weil insoweit ein schutzwürdiges Interesse des Erblassers die Interessen des Bedachten überwiegt und der Verstorbene ebenso selbst die Verfügung über den betreffenden Vermögensteil hätte treffen können.

⁶⁸ Vgl. MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14 m.w. N.

⁶⁹ Beispiele bei MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14; dazu auch OTTE, JA 1985, S. 192 (199).

⁷⁰ Vgl. MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14; Otte, JA 1985, S. 192 (199).

⁷¹ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 a.E.

⁷² In diesem Sinne auch STAUDINGER/OTTE: § 2074 BGB Rz. 22, 51; MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 18.

Allein die Wiederverheirathungsklausel ist regelmäßig zulässig, soweit dadurch Abkömmlinge geschützt werden sollen.⁷³

2. Berücksichtigung der Erblassermotive

Ob die Motive des Testators bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Bedingung berücksichtigt werden können, ist sehr umstritten. Die Rechtsprechung vertritt die Ansicht, ein "achtbares Motiv" könne zu einer großzügigeren Bewertung führen⁷⁴ bzw. die "Berechtigung der Lenkung des Bedachten"⁷⁵ sei ausschlaggebend, weil alles "in seinem Interesse sei".⁷⁶ Dem wird in der Literatur entgegengehalten, daß die Entschließungsfreiheit immer gleich schützenswert ist.⁷⁷ Für die Literaturauffassung spricht, daß die grundrechtlich untermauerten Freiheiten nicht einmal durch achtenswerte Motive einer Privatperson eingeschränkt werden dürfen. Die persönlichen Freiheiten bedeuten gerade, sich nicht nach den Anweisungen anderer richten zu müssen, auch wenn diese "nur das Beste für den Betreffenden wollen". Hier liegt ein maßgeblicher Unterschied zur Beurteilung in früheren Zeiten, in denen Bedingungen aufgrund elterlicher bzw. familiärer Autorität nachsichtig behandelt wurden, weil nach früherer Ansicht die erziehende Beeinflussung auch bei erwachsenen Nachkommen fortgesetzt werden sollte oder durfte. Nach heutiger Wertung stellt sich die Beifügung der Bedingung dagegen oft bereits dann als verwerflich dar, wenn die Beschränkung der Willensfreiheit vom Erblasser bezweckt war,⁷⁸ und so eine an sich neutrale Verhaltensweise erst durch die Verknüpfung mit der materiellen Zuwendung zur Sittenwidrigkeit führt. Zudem erscheint die Beurteilung der "achtenswerten" Motive mehr als zweifelhaft und subjektiv, sie führt damit zur Unvorhersehbarkeit von Entscheidungen über derartige Bedingungen und damit zur Rechtsunsicherheit.⁷⁹

Maßgeblich ist weiterhin, ob mit der bedingten Zuwendung überhaupt Druck auf den Bedachten ausgeübt werden sollte. Diente die Zuwendung erkennbar dem Zweck, dem Bedachten die freie Entscheidung zu belassen und nur für den Fall des Bedingungseintritts etwa gewisse Nachteile, die mit dem frei gefaßten Entschluß verbunden sind, zu kompensieren, so ist die Bedingung zulässig.⁸⁰

Als Beispiel hierfür mag ein Fall dienen, in dem der Bedachte sich zwischen Lehre und Studium entscheiden soll und der Erblasser die Zuwendung unter die Bedingung des Studiums stellt, weil der Bedachte während des Studiums keine oder nur geringe Einkünfte hat, oder der Fall, daß der Bedachte die Heirat mit einem nicht vermögenden Partner erwägt, und der Erblasser für diesen Fall finanziell helfen will. Es wird indes im Einzelfall nach dem Tode des Erblassers schwer festzustellen sein, ob dieser Einfluß nehmen wollte, oder lediglich die Zuwendung von einer freien

⁷³ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16; KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 116 ff.; Dippel, AcP 177 (1977), S. 349 ff.

⁷⁴ KG JFG 17, 306; BGH LM Nr. 5 zu § 138 BGB.

⁷⁵ LANGE/KUCHINKE, § 35 IV 2 c, S. 776 ff.

⁷⁶ RGRK/Johannsen, Vorbem. zu § 2064 BGB Rz. 22.

⁷⁷ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 24 m.w. N.

⁷⁸ STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 31.

⁷⁹ Zur mangelnden Praktikabilität auch STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 30.

⁸⁰ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 28, 29.

Entscheidung abhängig machen wollte. Überdies kann die Freiheit der Entscheidung wiederum durch die Aussicht auf die Zuwendung beeinflusst werden.

3. Rechtsfolgen unzulässiger Bedingungen

Wie oben erörtert, führt die unzulässige Bedingung nach der hier vertretenen Auffassung im Einklang mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur zur Nichtigkeit der Verfügung im Ganzen mit der Folge, daß dann insoweit gesetzliche Erbfolge eintritt. Demgegenüber vertritt ein Teil der Literatur – wie dargestellt – die aus dem römischen Recht bekannte Behandlung der sittenwidrigen Bedingung als *non scripta*.

KATRIN VOM FELDE

A MEGENGEDETT FELTÉTELEK HATÁRAI NAPJAINK VÉGRENDELKEZÉSI SZABADSÁGÁBAN

(Összefoglalás)

A német szerző tanulmányában a polgári jog egyik legfontosabb területének, az öröklési jognak egy lényeges szeletét dolgozta fel. Az öröklési jog azért sarokköve, fordulópontja minden magánjogi rendszernek, mert a jogok és kötelezettségek átruházásának olyan speciális területe az öröklési jog, amikor az eredeti tulajdonos, a rendelkezési jogosultságok birtokosa már nincs életben. Abból a célból, hogy a túlélők ne saját kényük-kedvük szerint ragadják magukhoz a hagyaték javait, vagy hátríthassák el maguktól a terheket, az öröklési jog részletes és koherens rendszert dolgozott ki. A hatályos német jog több évszázados hagyományra támaszkodva bőven merít az antik római jogi megoldásokból, sok tekintetben arra épül.

A dolgozat arra keresi a választ, hogy melyek azok a megengedett, jogilag releváns körülmények, feltételek, amelyek mellett a végrendelkezési szabadság nem sérül, és maximálisan biztosítható az egykori tulajdonos vélhető akarata, a *favor testamenti*. Megállapítja, hogy a mai német jog igen nagy hangsúlyt fektet az egyedi feltételek alapos vizsgálatára. Ennek megfelelően a munka részletesen kitér a nevelés, a család és a vagyon szempontjaira, a házasságkötés körülményeire, valamint a vallás, a hivatás és a lakóhely aspektusaira. A tanulmány a német BGB szigorú dogmatikájára épül, annak szemléleti elveit és intézményhasználati rendjét követi.

A szerző a hatályos normatív joganyag vizsgálata mellett számba veszi a szakirodalom fontosabb megállapításait is, amelyből kiderül, hogy a német szakmai közvélemény korántem áll teljesen egységes platformon számos árnyalat megítélésében.

A tanulmány foglalkozik a meg nem engedett feltételek problémakörével is, különös hangsúllyal a súlyosan erkölcstelen vonatkozásokra, amelyek már a római jog szerint is érvénytelen kikötésnek számítottak, és mint *non scriptum* tétel érvényesültek.

HARALD GÖDDE

Die zukünftige Person im bürgerlichen Recht und der Beginn ihrer Rechtsfähigkeit

Sowohl im Bereich des "werdenden" als auch des "gewesenen" menschlichen Lebens, des Embryos und der Leiche, ist eine befriedigende rechtliche Einordnung in den prinzipiell dualistischen Aufbau der Personen- und Sachgutordnung im Grunde nur unzureichend möglich. Bereits für den Ungeborenen sind Zwischenformen¹ konstruiert worden, die, so divergent sie auch heute noch im einzelnen erscheinen, einer allgemeinen Konsensgrundlage dennoch nicht entbehren.

Rein faktisch betrachtet ist die biologische menschliche Entwicklung elementar in zwei Phasen aufzuteilen: das pränatale und das postnatale Stadium. Die physische Existenz des nasciturus, und damit des Menschen, beginnt im Moment der Zeugung, d.h. der Verschmelzung von Ei und Samenfaden.² In diesem Augenblick der Befruchtung entsteht ein neues menschliches Wesen, das sich daraufhin bis zum Ende seiner Existenz stetig weiter entwickeln wird. Die naturwissenschaftliche Forschung hat auf dem Feld der Genetik eindeutig nachgewiesen, daß vom Moment der Konjugation von Ei- und Samenzelle ab die gesamte Information zur weiteren biologischen individuellen Mensch-Entwicklung vorliegt. Der von diesem Ursprung ab vorzufindende komplette menschliche Aufbau- und Entwicklungsplan, der sich über Urzellteilung bis hin zum vollständig ausgeformten menschlichen Körper entwickelt, erfordert somit die Anerkennung der uneingeschränkten menschlichen Wesensart dieser sich im Entwicklungsprozeß befindenden Biomasse.³

Während der *nasciturus* für das deutsche Zivilrecht jedes menschliche Schwangerschaftsprodukt zwischen Konzeption und Geburt ist, sprechen Biologie und Medizin zunächst von der Zygote, dann vom Embryo, später vom Fötus, ohne daß sie zwischen den letztgenannten eine scharfe Grenze zu ziehen vermögen, und fixieren den Begriff nasciturus auf die letzte Phase des vorgeburtlichen Lebens, nämlich die Zeit vom

¹ NEUER, FERDINAND KARL: *Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt*. Köln 1961, S. 21 ff.; LANZ-ZUMSTEIN, MONIKA: *Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts*. München 1990, S. 161 ff.

² MOORE, KEITH L.: *Embryologie – Lehrbuch und Atlas der Entwicklungsgeschichte des Menschen*, 3. Aufl., Stuttgart/New York 1993, S. 7.

³ Vgl. mit weiteren Verweisen REIS, HANS: *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem*. Tübingen 1984, S. 138; BECKMANN, RAINER: *Embryonenschutz und Grundgesetz – Überlegungen zur Schutzwürdigkeit extrakorporal gezeugter Embryonen*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1987, S. 80-86, S. 84.

Wehenbeginn bis zum vollständigen Ausstoß des Kinderkörpers aus dem Mutterleib. Der dramatische Vorgang der Geburt ist dabei eindeutige Grenze zwischen pränataler und postnataler Entwicklungsperiode.

Unter den empirischen Gesichtspunkten muß der nondum conceptus natürlich außen vor bleiben. Er ist zwar ebenfalls noch nicht geboren, doch darüber hinaus auch noch nicht einmal ge- oder erzeugt. Er kann niemals materiell in Erscheinung treten und bezeichnet nur ein Gedankengebilde, das sich natürlich jedem naturwissenschaftlichen Diskurs entzieht.

Der Begriff Rechtsfähigkeit ist erst zu Anfang des 19. Jahrhunderts in die Jurisprudenz eingeflossen,⁴ in einer Epoche also, in der man sich mit der Kodifikation des Zivilrechts befaßte. Im Gesetz ist jedoch nie ausdrücklich erklärt worden, was unter dem Konzept Rechtsfähigkeit zu verstehen ist. Selbst die Motive berufen sich bei der Einbeziehung der Rechtsfähigkeit in die Rechtsordnung nur auf ein allgemeines Gebot der Vernunft und der Ethik.⁵ Ausdrücklich und damit zugleich bedeutungsvoll behandelt das deutsche postive Recht hingegen in § 1 BGB den Beginn der Rechtsfähigkeit. Für das Recht ist also Person oder Rechtssubjekt, wer die Rechtsfähigkeit besitzt, was nichts anderes bedeutet, als daß Rechtspersönlichkeit oder Rechtssubjektivität sich direkt aus der Rechtsfähigkeit ableiten, ohne die folglich eine personale Relevanz im Bürgerlichen Recht nicht zustande kommt. Träger eines subjektiven Rechts kann nur die Person sein, die als Person per definitionem die erforderliche Rechtsfähigkeit besitzt.

Für die überwiegende Meinung stellt die Rechtsfähigkeit die Tauglichkeit dar, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.⁶ Das Vorhandensein dieser Fähigkeit legt die Grundlage für unterschiedlichste rechtsrelevante, aktive oder passive und direkte oder indirekte Teilnahme am Rechtsverkehr. Dies drückt demnach den Personengehalt des Menschen im Recht aus. Als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten ist er als Subjekt rechtsgeschäftlicher Bezugspunkt und grundsätzlich auch verantwortlich für eigene Rechtshandlungen.

Von der Rechtsfähigkeit ist rechtstechnisch die Handlungsfähigkeit zu unterscheiden, also die Möglichkeit, durch eigenes verantwortliches Handeln Rechtswirkungen hervorzurufen. Im Gegensatz zur Rechtsfähigkeit beinhaltet das Konzept der Handlungsfähigkeit die Aktivität eines Rechtssubjektes. Die Rechtslehre splittet den Begriff auf in die Geschäftsfähigkeit,⁷ die Deliktsfähigkeit⁸ und schließlich die Verschuldensfähigkeit.⁹ Die Rechtsfähigkeit artikuliert sich dabei begrifflich als Überbau. Sie ist zwar die abstrahierte Voraussetzung für die verschiedenen konkreten Handlungsfähigkeiten, besteht jedoch selbst losgelöst von diesen. Auch ohne jeweilige Handlungsfähigkeit besitzt das Rechtssubjekt dennoch immer die Rechtsfähigkeit.

Rechte und Pflichten können ausschließlich Personen zustehen. Daraus ergibt sich die umgekehrte Feststellung, daß subjektlose Rechte unmöglich sind. Die Schaffung

⁴ Einen geschichtlichen Überblick des Begriffs Rechtsfähigkeit bietet: FABRICIUS, FRITZ: *Relativität der Rechtsfähigkeit*. München 1963, S. 37 ff.

⁵ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. I, S. 25.

⁶ PALANDT-HEINRICHS: Rz. 2 vor § 1.

⁷ Das Vermögen, durch eigenes Handeln wirksam Rechtsgeschäfte abzuschließen.

⁸ Die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen.

⁹ Das Einstehenmüssen für schuldhaftige Pflichtverletzungen.

von juristischen Personen als Träger eines Vermögens geht mit deren Rechtsfähigkeit einher. Ist ein Mensch nicht rechtsfähig, können auch ihm zugeordnete Rechte, also subjektive Rechte nicht bestehen. In diesem Sinne ist der Mensch ohne Rechtsfähigkeit, bevor er die Rechtsfähigkeit erhält, zivilrechtlich weder Person noch Rechtssubjekt.

Mit der Rechtsfähigkeit wird der Mensch zur Person im Rechtssinne. Von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterschiedlich können jedoch die Bestimmungen betreffend des Beginns, des Umfangs und des Endes der Rechtspersönlichkeit des Menschen gestaltet sein. Bezüglich der Berücksichtigung des Menschen vor seiner Geburt oder auch vor seiner Zeugung ist folglich der Beginn der Rechtsfähigkeit von elementarem Interesse.

Zum Zeitpunkt der Entstehung der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen drückt sich das deutsche BGB in § 1 dahingehend aus, daß sie im Augenblick der vollendeten Geburt ihren Anfang findet. "Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt." Als entscheidendes Wesensmerkmal des Menschen als Person des zivilrechtlichen Verkehrs setzt der Zivilrechtsgeber die Rechtsfähigkeit voraus. Mit der vollendeten Geburt ist der vollständige Austritt der lebenden Leibesfrucht aus dem Mutterleib gemeint. Eine von anderen modernen Rechten eingeforderte natürliche Lebensfähigkeit spielt im deutschen Recht keine Rolle.

Der Wortlaut des § 1 BGB scheint klar und deutlich exklusiv jenem Menschen die Rechtsfähigkeit zuzusprechen, der seine Geburt überlebte. Im Rückkehrschluß müßte notwendigerweise von dieser ausdrücklichen gesetzlichen Feststellung aus auf die Nichtrechtsfähigkeit des ungeborenen und auch gleichzeitig des ungezeugten Menschen geschlossen werden. In wörtlicher Würdigung des § 1 BGB sind demnach weder nasciturus noch nondum conceptus Rechtssubjekte des deutschen bürgerlichen Rechts. Sie bleiben folglich gewissermaßen als nondum nati, in Ermangelung der Rechtsfähigkeit und der damit verbundenen Rechtspersönlichkeit, der zivilrechtlichen Gesellschaft fern und bleiben ohne subjektive Größe für das Zivilrecht.

Die verschiedenen Theorien zur dogmatischen Einordnung des gesetzlichen Systemsprungs zugunsten des nasciturus bestimmen indirekt auch die rechtliche Lage des erst noch zukünftig zu erzeugenden Menschen. Es erscheint demnach hilfreich und notwendig, diese dogmatischen Konstruktionen zum Abschluß kurz zu behandeln. Als sicherer Feststellung ist hervorzuheben, daß allen Konstruktionen eine gewisse weltanschauliche Wertung zugrunde liegt, die danach strebt, eine frühe Anerkennung der Würde des Menschen zu verwirklichen¹⁰. Inwiefern diese Versuche dogmatisch-systematisch befriedigend und überhaupt notwendig waren, wird zu erläutern sein. Die Rechtswissenschaft kann, an ihr sozialwissenschaftliches Wesen gebunden, nicht ohne wertendes Argument arbeiten. Doch selbst die Naturwissenschaften können ihren Objektivitätsanspruch nicht absolut aufrechterhalten. Über ethische Grundsätze findet auch dort zu guter letzt eine weltanschauliche Haltung Zugang.

¹⁰ Selb, AcP 166 (1966), S. 78.

I. Die künftige Rechtsperson in der deutschen Zivilrechtsdogmatik

Aus der strengen Lektüre des § 1 BGB heraus kommt dem nasciturus keine Rechtssubjektivität zu. Auf unterschiedlichen dogmatischen Wegen sind Versuche gestartet worden, dem unbefriedigenden Ausschluß des werdenden Menschen durch den § 1 BGB zu begegnen. Es wurde dabei versucht, die Teilnahme des nasciturus am Rechtsverkehr, die sich aus der Anwendung allgemeiner Bestimmungen und der Sonderregelungen zugunsten der Leibesfrucht ergaben, befriedigend zu erklären. Der mehr oder weniger begriffliche Ausschluß des nasciturus aus dem Gebiet der Rechtsfähigkeit mußte jeweils überwunden werden. Dies geschah zum einen im Einklang mit § 1 BGB, unter Zuhilfenahme von Konstruktionen wie der "nominellen Rechtssubjektivität", einem "Rechtssubjekt kraft amtlicher Rechtsstellung" oder einer personalen "Rechtsträgerschaft" in Abwesenheit der zivilrechtlichen Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit, zum anderen im Bruch mit der dualistischen Anordnung des BGB, wonach Personen rechtsfähig und Sachen nichtrechtsfähig sind. Hierbei kommt dann eine imposante Anzahl von Rechtsfähigkeitsabwandlungen zutage, die von der ursprünglichen Vollrechtsfähigkeit abzuleiten wären. Es ist unter anderem die Rede von der "halben Rechtsfähigkeit", der "Teilrechtsfähigkeit", der "partiellen Rechtsfähigkeit", der "relativen Rechtsfähigkeit", der "besonderen Rechtsfähigkeit" oder der "geminderten Rechtsfähigkeit".¹¹

Jede Theorie hat sich dabei an zwei Komponenten orientiert, auf der einen Seite an der weltanschaulichen, ethischen oder philosophischen, auf der anderen an einer auf empirischen Fakten beruhenden Ausrichtung. Die in der jeweiligen Kombination dieser beiden Blickwinkel geäußerten Meinungen weisen eine erhebliche Spannbreite auf, von der rechtlichen Gleichstellung des nasciturus mit dem geborenen Menschen über die Anerkennung seiner vollen Rechtsfähigkeit und Teilrechtsfähigkeitsformen bis zur vollkommenen Negation der Rechtsfähigkeit.

1. Die Individualität des nasciturus

Über einen langen Zeitraum herrschte die holistische Auffassung vor, wonach die Leibesfrucht ein Teil des mütterlichen Organismus sei, als solcher nicht eigenständig lebe und erst durch die Geburt zu einem eigenständigen menschlichen Wesen werde. Diese auf philosophische, religiöse, medizinische und juristische Sichtweisen gestützte Auffassung führte zur Verneinung einer eigenen Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht. § 1 BGB wurde demnach lange Zeit in der Weise gelesen, daß der nasciturus noch keine eigene, individuell gestützte Rechtssubjektivität besitzt, wohl aber durch die schicksalhafte Union mit dem mütterlichen Körper als ein Teil derselben an der Subjektivität der Mutter teilnimmt. Schon die stoische Philosophie erkannte die Leibesfrucht nicht als selbständiges Wesen an, sondern betrachtete sie als einen Teil der Mutter, wie die Früchte ein Teil des Baumes seien.¹² Das römische Recht

¹¹ FABRICIUS: *Relativität*, S. 2.

¹² BERNER, ALBERT FRIEDRICH: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 13. Aufl., Leipzig 1884, S. 496 ff.

betrachtete demgemäß die Leibesfrucht nicht als Menschen und bewertete Abtreibung nicht als Verbrechen.

Während das aktuelle Zivilrecht seinen römisch-rechtlichen Ursprung in diesem Punkt nicht leugnen kann, wird das Strafrecht eher durch kanonische Einflüsse geprägt sein. Auf strafrechtlicher Seite wird dem keimenden Leben ein weitgehender Schutz zuteil. Dabei sind das Recht des Fötus auf Leben und Unversehrtheit, die Individualität desselben gegenüber der Mutter und die Pflicht des Schutzes dieses Rechtsgutes Gegenstand des immer wieder heftig diskutierten, im Grundsatz jedoch akzeptierten § 218 StGB. Der strafrechtliche Lebensschutz der Leibesfrucht ist jedoch nicht absolut. Neben der Möglichkeit der schwangeren Frau, in begrenzten Situationen straffrei einen Schwangerschaftsabbruch durchführen zu lassen, erkennt das Strafrecht vor der Nidation laut § 219 g StGB keinen Tatbestand der Interruptio und verfolgt auch in den Straftatbeständen des Embryonenschutzgesetzes¹³ nicht den Embryonentransfer als solchen, sondern nur eine Reihe von Mißbräuchen.¹⁴ Die fahrlässige vorgeburtliche Einwirkung auf den Embryo mit Todesfolge bleibt hingegen unbefraft.

Im Zivilrecht spielt das ungeborene menschliche Leben eine ambivalente Rolle. Zwar wird der nasciturus beispielsweise im Erbrecht berücksichtigt, aber auch dort haftet seiner Rechtsstellung ein Schwebezustand an, das heißt, daß sie letztlich immer unter der aufschiebenden Bedingung steht, daß die Leibesfrucht lebend zur Welt kommt. Sollte dies nicht eintreten, so verfällt ihr "vorübergehendes" Recht praktisch vollkommen. Es bleibt eine paradoxe Diskrepanz zwischen der hohen verfassungsrechtlich gefestigten Bewertung des nasciturus im Strafrecht und der im Resultat doch relativ geringen Beachtung im Zivilrecht, auch wenn sie gewissermaßen plausibel erscheint. Im Strafrecht steht der Schutz des Rechtsguts Leben, gegebenenfalls eben auch des keimenden menschlichen Lebens, im Vordergrund. Das Zivilrecht aber befaßt sich grundsätzlich mit den Beziehungen der Menschen untereinander, hier kann der Ungeborene noch keine "große" Rolle spielen. Sein rechtliches In-Erscheinung-Treten ist naturgemäß auf ein Minimum beschränkt. Die Regelungsfunktion des Zivilrechts erfaßt in erster Linie die Akteure des gesellschaftlichen Lebens. Ein jedes in das soziale Leben eingetretene Individuum ist direkt betroffen. Nur dieses weist ein personal ausgeprägtes, subjektives Interesse auf. In diesem Sinne wird schon der nasciturus retrospektiv in die rechtliche Gemeinschaft eingefügt, während der nondum conceptus noch nicht die notwendige Existenz vorweist. Man könnte auch schon von einer sozialen Dimension der Präsenz des Kindes im Mutterleib sprechen, bei der sich die Gesellschaft einer gewissen Verantwortung nicht entziehen kann, während ein Gedankengebilde ohne Individualität wie der nasciturus keine solche Verantwortlichkeit auslösen kann.

Nicht ohne Einfluß auf das physische "Selbstbewußtsein" des modernen Menschen blieb auch das aus dem Anfang des 19. Jahrhunderts stammende sogenannte biogenetische Grundgesetz.¹⁵ Darin wurde die Auffassung vertreten, daß die physische menschliche Entwicklung, die Ontogenese, die vielfältigen Stufen der Stammes-

¹³ ESchG vom 13.12.1990, BGBl. I S. 274.

¹⁴ So etwa die fremdnützige Verwendung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 ESchG, § 2 Abs. 1 und Abs. 2 ESchG), die genetische Manipulation (§§ 3 und 5 Abs. 1 ESchG, § 6 Abs. 1 ESchG, § 7 ESchG) und die Leihmutterchaft (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 ESchG.)

¹⁵ HAECKEL, ERNST: *Anthropologie oder Entwicklungsgeschichte des Menschen*, 3. Aufl., Leipzig 1877.

geschichte, der Phylogenese erfahre. Die Theorie gab vor, die menschliche Entwicklung im Mutterleib durchlaufe die verschiedenen Stadien von der Zellmasse über Fisch, Lurch und Säugetier ähnelnde Formen. Sie hat sich als wissenschaftlich unhaltbar und unseriös herausgestellt,¹⁶ hat aber gleichwohl eine weitreichende Popularität erfahren. Entwicklungen in der medizinischen Wissenschaft haben die historische Vorstellung des Kindes als Teil der Mutter endgültig widerlegen können. Ab Mitte des 19. Jahrhunderts setzte sich die Erkenntnis durch, daß die Leibesfrucht ab der Zeugung ein selbständiges Wesen sei, das mit der Mutter noch räumlich verbunden und von ihr biologisch in ständig abnehmendem Maße abhängig ist. In diesem Zusammenhang war vor allem zu klären, wie es um die biologische Eigenexistenz des nasciturus steht. Insbesondere für die deliktsrechtliche individuelle Anerkennung der Leibesfrucht bedurfte es der Anerkennung ihrer autonomen Körperlichkeit.

Das werdende Kind hängt mit der ihm Schutz und Ernährung bietenden Mutter in ganz anderer Weise zusammen als deren Körperteile: es besitzt ein eigenes Gehirn und Nervensystem, verfügt über ein selbständig tätiges Herz und einen eigenen Blutkreislauf. Die Leibesfrucht verfügt über einen individuellen Stoffwechsel, ein eigenes endokrines System und kann eine andere Blutgruppe haben als die Mutter.¹⁷ Die biologische Dependenz von der Mutter nimmt im Lauf der Gestationszeit ab. Frühgeburten ab der 26. Woche haben durchaus Überlebenschancen, während eine Entwicklungsfähigkeit im Brutkasten sogar schon ab der 18. bis 20. Woche konstatiert wird,¹⁸ und Föten, die nach der 32. Woche geboren werden, überleben normalerweise. Das Kind ist ein individuelles menschliches Wesen, das zwar erst mit der Geburt allgemein sichtbar in die Umwelt tritt,¹⁹ dessen individuelle Ausprägung indes vom Moment der befruchtenden Zellvereinigung ab mit dem in den Genen der Urzelle festgelegten Plan in einer neuen individuellen Einheit "Mensch" zum Ausdruck kommt. Vom Zeitpunkt der Verschmelzung hat man es mit einem eigenständigen Organismus zu tun.²⁰

Die holistische Auffassung ist nicht nur biologisch unbefriedigend und unhaltbar; auch die Regelungen, die den nasciturus berücksichtigen, könnten durch eine bloße Beteiligung an der mütterlichen Rechtssubjektivität nicht annehmbar erklärt werden. Die natürliche Gegebenheit der vitalen Abhängigkeit der Leibesfrucht vom mütterlichen Organismus vermag aber die Notwendigkeit einer eigenen Rechtspersönlichkeit des Kindes in utero nicht zu begründen. Erst die soziale Würdigung durch Anerkennung der Notwendigkeit eines individuellen Interessenschutzes kommt an der Installierung einer wie immer dimensionierten Rechtsfähigkeit nicht vorbei.

Das Recht sollte sich bei der Beurteilung der Leibesfrucht den von der Natur vorgegebenen Tatsachen anpassen. Im heftig diskutierten Fall des "Erlanger Babys" wurde nach dem Hirntod der Mutter ihr Körper als Entwicklungsstätte des ungebore-

¹⁶ KRIELE, MARTIN: *Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz*, Berlin 1992, S. 101.

¹⁷ FABRICIUS, FRITZ: *Gedanken zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den Nasciturus*, in: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1963, S. 403-410, S. 406.

¹⁸ SCHLINGENSIEPEN-BRYSCH, IRENE: *Wann beginnt das menschliche Leben? Zwei Zäsuren und eine Entwicklung* – Ein Überblick zum Stand des medizinischen Wissens und zur ethischen Diskussion, in: *ZRP* 1992, S. 418-422.

¹⁹ HUBMANN, HEINRICH: *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Aufl., Köln 1967, S. 137.

²⁰ SCHIRMER, GÜNTHER: *Status und Schutz des frühen Embryos bei der "In-vitro"-Fertilisation*. Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1987, S. 221-223.

nen Kindes künstlich funktionsfähig gehalten. Folglich ermöglicht Medizin und Technik heute sogar das Ausreifen der Leibesfrucht über den individuellen Tod der Mutter hinaus in deren Körperhülle. Da jede Rechtsfähigkeit mit dem Tod der natürlichen Person endet, wäre es hier unmöglich, den *nasciturus* ausschließlich als Teilnehmer an der Rechtssubjektivität der Mutter zu verstehen.²¹

Die Fortpflanzungsmedizin verhilft dem Embryo zudem durch Verfahren, wie die Ausspülung und Retransplantation von Embryonen, deren in-vitro-Kultivierung und Kryokonservierung schon zu einer gewissen rein faktischen Eigenpräsenz. Der *nasciturus* ist dabei für einen gewissen Zeitraum von seiner natürlichen Wachstums-umgebung, dem Uterus, getrennt. Aus einem evolutiven Blickwinkel heraus betrachtet unterbrechen diese medizinischen Kunstgriffe die menschliche Genese. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß durch die unterbrechenden Praktiken gleichzeitig die Menschenqualität unterbrochen ist. Auch die isolierte Zygote ist menschlich. Dies bedeutet jedoch nicht, daß sie dadurch die Rechtsfähigkeit besitzen könnte.

Im geltenden Recht gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Embryo außerhalb des Mutterleibes weniger Schutz genießen sollte als der ungeborene Fötus. Der Schluß, dem extrakorporalen Embryo grundsätzlich die gleiche rechtliche Stellung wie dem Embryo im Mutterleib einzuräumen, bleibt dennoch fraglich. Der örtliche Ursprung des menschlichen individuellen Lebens kann insofern jedoch keinen Einfluß auf die Qualifizierung des späteren Kindes im Mutterleib haben. Weltweit sind Bemühungen im Gange, die Würde des Menschen im embryonalen Zustand zu schützen. Der Gefahr der absoluten Versachlichung des Menschen in frühen Entwicklungsphasen seiner Existenz wird in breiter Front entgegengetreten. Anderer Meinung sind allein Utilitaristen, die den Erkenntnissen aus der Embryonenforschung oder deren rigoroser Nutzung den Vorrang vor Lebensschutz geben. Hier stellt sich ein gewaltiges gesellschaftspolitisches, philosophisches, ethisches und darüber hinaus ein theologisches Problem.

Das Leben und die Individualität eines Menschen beginnen erst mit seiner Geburt. Der Unterschied zum geborenen Menschen besteht dabei nur im jeweiligen Grad der stets relativen Vollkommenheit. Das "Werden" des Menschen ist zugleich ein "Sein", und das menschliche "Sein" bleibt schließlich immer ein "Werden".²² Allein das Ablehnen der holistischen Lehre läßt jedoch noch nicht auf die Existenz einer Rechtsfähigkeit schließen. Sie begründet nur eine eigene natürlich begründete Wesenhaftigkeit der Leibesfrucht.

Der *nondum conceptus*, da inexistent, konnte zur rechtlichen Bewertung seiner Existenz nie als Teil der Mutter dargestellt werden. In der Mutter vorzufinden wäre höchstens die reife oder unreife Eizelle, also eine der beiden notwendigen Keimzellen, die erst in ihrer Konjugation ein eigenständiges menschliches Individuum schaffen. Die rechtliche Qualifizierung von Samen- oder Eizelle als personen- und sachenrechtliche Zwischenform kann gleichwohl auf die Rechtsstellung des *nasciturus* nicht übertragen werden. Die Meinung, daß das menschliche Keimgut als sachenähnliches Gut *sui generis* anzusehen sei, das eigentumsfähig sei, jedoch durch seinen

²¹ HERMANN-ENGEL, *Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung*, Osnabrück 1997, S. 308.

²² WOLF, A.A.O.; GUARDINI, ROMANO: *Das Recht des werdenden Menschen*. Stuttgart/Tübingen 1949, S. 25.

persönlichkeitsrechtlich vorgegebenen Endbestimmungszweck, die Potenz der Menschwerdung, in einer Weise aus dem Bereich des § 903 BGB fiele, daß es weder der Sach- noch der Personkategorie zuzuordnen sei, ist zuzustimmen.²³ Gleichfalls kann es hier nicht gelingen, dem nondum conceptus eine menschliche sachenähnliche Vorform zuzusprechen.

2. Die (Teil-)Rechtsfähigkeit des nasciturus

Alle heute wohl grundsätzlich überwundenen Meinungen, die dem nasciturus jede Form von Rechtsfähigkeit verwehrten, basierten auf der holistischen Sichtweise, die bis in die sechziger Jahre von der Mehrzahl der Autoren vertreten wurde.²⁴

Vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet begaben sich die Verfechter dieser Position schon angesichts der gesetzlich verordneten Ausnahmebestimmungen zugunsten der Leibesfrucht in Argumentationsnöte. Schließlich laufen diese jegliche Rechtsfähigkeit des nasciturus verneinenden Theorien auf die Existenz subjektloser Rechte hinaus und beinhalten somit einen unüberwindbaren inneren Widerspruch. Zum Begriff des Rechts gehört fundamental die Gegenwart eines Berechtigten. Erst dieses Vorhandensein ermöglicht die Anknüpfung einer rechtlichen Bindung.²⁵

Heute wird von niemandem mehr bestritten, daß dem deutschen Recht subjektlose Rechte absolut fremd sind. Um zu der nunmehr herrschenden Lehre²⁶ einer teilweisen oder beschränkten bürgerlichen Rechtsfähigkeit zu gelangen, mußte man sich aufgrund von Zweckmäßigkeitserwägungen²⁷ von der gesetzlichen Fiktionsform etwa aus § 1913 Abs. 2 BGB befreien. Die Palette der begrifflichen Differenzierungen ist aber schier unendlich.

Eine Mindermeinung glaubt dem nasciturus aus der Unwirksamkeit des § 1 BGB wegen der gleichfalls im BGB vorzufindenden begünstigenden Bestimmungen schon die uneingeschränkte, volle Rechtsfähigkeit eines geborenen Menschen zugestehen zu können.²⁸ Diese Position ist schon in Anbetracht des Sonderregelungscharakters der einzelnen Bestimmungen zugunsten des nasciturus nicht zu halten.

Die Vertreter einer bedingten Teilrechtsfähigkeit lassen Rechtsfähigkeit nur im Zusammenhang mit bedingten Rechten zu²⁹ und verneinen damit auch unbedingte Rechte des nasciturus. Entgegen dem Wortlaut des § 1 BGB sprach man sich schon früh für eine begrenzte Rechtssubjektivität des nasciturus aus, indem man zur Abwehrung der andernfalls unentbehrlichen Akzeptanz subjektloser Rechte vom Zeitpunkt der Zeugung ab eine bedingte Rechtsfähigkeit gewährt sehen wollte.³⁰

Aufgrund der Notwendigkeit, den Menschen in all seinen natürlichen Entwicklungsstufen im und durch das Recht zu erkennen, hat man insbesondere

²³ Vgl. LANZ-ZUMSTEIN, MONIKA: *Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts*. München 1990.

²⁴ NEUER: *Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtsobjekt*. Köln 1961, S. 25-30.

²⁵ HEFELE, HANS-RICHARD: *Der nasciturus im Zivilprozeß*. München 1949, S. 13.

²⁶ FABRICIUS: *Relativität*, S. 11-117; PALANDT-HEINRICHS, § 1 Rz. 7.

²⁷ FABRICIUS: *Relativität*, S. 235-238.

²⁸ WOLF, A.A.O.: S. 209, 230.

²⁹ LANZ-ZUMSTEIN, a.a.O., S. 291-295.

³⁰ ENNERCERUS, LUDWIG/NIPPERDEY, HANS CARL: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Bd. I, 15. Aufl., Tübingen 1959, § 84 II, S. 3.

zwischen "allgemeiner und besonderer Rechtsfähigkeit" unterschieden.³¹ Die Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB sei allgemeiner Art und spreche somit alle subjektiven Rechte an, wogegen jedoch jedes einzelne subjektive Recht nur von einem bestimmten Subjekt getragen werden könne. In den speziellen, den nasciturus betreffenden Regelungen des BGB erkannte man jeweils eine besondere, spezielle Rechtsfähigkeit, die im Grunde die Problematik der allgemeinen Rechtsfähigkeit nicht berührt. Nach dieser Auffassung stellt der § 1 BGB eine allgemeine Regelung dar, die jedoch durch besondere Einzelbestimmungen des BGB beiseite geräumt wird. Der § 1 BGB sei durch die Teilrechtsfähigkeit nicht tangiert, da sie die normierte Vollrechtsfähigkeit nicht ausschließe.³² Diese Rechte seien jedoch keine Vollrechte, sondern Anwartschaften beziehungsweise Anwartschaftsrechte, mit denen eine vorläufige Fürsorge für "künftige" Vollrechte verknüpft wäre. Der Rechtserwerb der subjektiven Rechte des nasciturus ist insofern durch die mögliche Totgeburt auflösend bedingt.

Eine andere Auffassung geht von einer aufschiebend bedingten Rechtsfähigkeit des nasciturus für den Fall der Lebendgeburt aus.³³ Die Rechtssubjektivität wird dabei rückwirkend dann vom Moment der Zeugung anerkannt, wenn das Kind lebend geboren wurde. Der überwiegende Teil der Lehre vertritt heute wohl die These eines aufschiebend bedingten Rechtserwerbs des nasciturus, der zu einem teilrechtsfähigen Status führt.³⁴ Auch wenn sich die einzelnen Konstruktionen mehr oder weniger undeutlich darstellen, sind sie sich doch einig in der Anerkennung einer beschränkten Rechtsfähigkeit. Damit erwächst dem nasciturus ein eigener, wenn auch unvollständiger Personenschutz, und die Ausnahmebestimmungen zu § 1 BGB führen zu einer beschränkten Rechtserwerbsfähigkeit.

3. Die Rechtsstellung des *nondum conceptus*

Während der *nasciturus* ein schon äußerlich zu greifendes menschliches Etwas im Körper der Mutter darstellt, dessen vitale Existenz allerdings noch mit Unsicherheitsfaktoren behaftet bleibt, ist der *nondum conceptus* nur ein hypothetisches Gedanken- oder Hoffnungsgebilde.³⁵ Durch die vollständige Abwesenheit einer individuellen physischen Basis muß der *nondum conceptus* erst recht ein weit unsichereres Gebilde sein, als es der nasciturus schon darstellt. Als Gedankengebilde kann er nur von den Geistes- und Sozialwissenschaftlern begriffen werden. Der naturwissenschaftlich sicherlich unsinnige Begriff vom "ungezeugten Menschen" ist daher eine Angelegenheit des Rechts, das sich um den Menschen herum konstruiert.

Die Stellung in Ansehung des personifizierten Begriffs *nondum conceptus* impliziert stets eine Rechtssituation, eine Rechtshandlung oder ein Rechtsgeschäft, die oder das sich auf einen zur entsprechenden Zeit inexistenten Menschen, eine absolut künftige natürliche Person bezieht. Zum Ausdruck kommt dabei ein absolutes Futurum, wobei sich die Frage stellt, ob dieser abstrakten Sachlage dennoch

³¹ FABRICIUS: *Relativität*, S. 112-114.

³² FABRICIUS: *Relativität*, S. 117; kritisch dazu Larenz, Allgemeiner Teil, § 5 II, S. 93, Fn. 15.

³³ SCHMIDT, RUDOLF: *Besprechung von Wolf-Naujoks: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen*, in: AcP 155 (1955), S. 731-128; Selb, a.a.O., S. 76 ff.

³⁴ SCHMIDT: in: Juristenzeitung 1952, S. 168; LANZ-ZUMSTEIN: a.a.O., S. 293-295.

³⁵ WEHDE, OTTO: *Die rechtliche Stellung des nasciturus und des nondum conceptus*. Leipzig 1913, S. 4.

Rechtswirkungen anhaften können und wie diese rechtliche Akzeptanz sich erklären und systemkonform einordnen läßt, denn bei rechtlicher Berücksichtigung des noch nicht gezeugten Menschen kommt es zu Konstruktionen, die zur Absicherung des möglichen zukünftigen Rechtserwerbs durch den dann geborenen Menschen zwischenzeitlich schon aktuelle Rechtslagen schaffen.

a) Der *nondum conceptus* im Deliktsrecht

Der *nondum conceptus* ist infolge seiner gänzlichen Abstraktion kein Gegenstand naturwissenschaftlicher Betrachtung. Beschäftigt man sich dort mit der hypothetischen Nachkommenschaft eines Menschen, so sind es die Erbanlagen einer existierenden Person, die untersucht werden und gegebenenfalls Aufschlüsse zum Risiko einer Erbkrankheit für seine Nachkommen geben können. Im Mittelpunkt naturwissenschaftlicher Untersuchungen bleibt somit immer ausschließlich der wirkliche, mindestens durch die Zeugung vergegenwärtigte individuelle Mensch. Naturbegrifflich bleibt der *nondum conceptus* ein *nullum*.

Das Recht des Schadensersatzes hat jedoch einen anders gelagerten Auftrag. In jedem gesunden Menschen ist die Fähigkeit zur Fortpflanzung vorzufinden. Auf den subtilen menschlichen Fortpflanzungsapparat kann schon lange vor einem Zeugungsakt auf unterschiedlichste Weise schädigend eingewirkt werden. Dies kann zur Folge haben, daß auch die Nachkommenschaft des zunächst allein geschädigten Zeugers als gesundheitlich geschädigte Person auf die Welt kommt. Der aus dem geschädigten Keimmaterial hervorgegangene Mensch ist im Zeitpunkt der Schädigung dann noch nicht gezeugt gewesen. Erst mit der Lebendgeburt wird er zum geschädigten Rechtssubjekt, das dann seinen Schaden beim Verursacher geltend machen kann. Da schon dem *nasciturus* als solchem noch kein Schadensersatzanspruch zusteht, stellt sich im Deliktsrecht die Frage einer Rechtsfähigkeit des *nondum conceptus* gar nicht. Der Schaden realisiert sich zunächst unmittelbar in der Gesundheitsverletzung des entsprechenden Elternteils. Der damit verbundene Schaden der Nachkommenschaft zeigt sich frühestens beim *nasciturus*, der schadensersatzrechtlich betrachtet ein unvollständiges menschliches Individuum ist, dessen Entschädigung seiner Rechtsfähigkeit durch die Lebendgeburt bedarf.

Nasciturus und *nondum conceptus* bezeichnen jeder zu seiner Zeit eine wesensmäßig unterschiedliche rechtliche Berücksichtigung des Phänomens Mensch. Obwohl beide Formen schließlich nur in Ansehung des geborenen Menschen und damit der Rechtsperson einen Sinn aufweisen können, ist der vorgeburtliche Ansatz doch grundverschieden. Ein *nondum conceptus* weist noch kein menschlich-reales Dasein auf, so daß kein Ansatz für einen zivilrechtlichen individuellen Schutz des Prozesses der physiologischen Menschwerdung gegeben ist. Der *nondum conceptus* ist keine Person, kein Rechtssubjekt und kann somit auch nicht Träger oder Inhaber einer Rechtsfähigkeit sein.

Dem *nondum conceptus* kommt noch keine Menschenqualität zu. Als *nullum* steht der Gedanke eines Ungezeugten demzufolge sicherlich nicht unter dem Schutz des Grundgesetzes. Dies bedeutet jedoch nicht, daß zukünftige individuelle Interessen gänzlich ungeschützt blieben. Schließlich können zukünftige Generationen einen wenn auch nur mittelbaren Schutz durch die Eltern erfahren. In der Regel wird diesen wohl

daran gelegen sein, in Ansehung ihrer eigenen Interessen auch die ihrer Nachkommenschaft zu wahren. Dieser indirekte Schutz bleibt jedoch möglichen Interessenkonflikten unterworfen. Hier steht das aktuelle Interesse und das aktuelle Selbstbestimmungsrecht der potentiellen Eltern unter Umständen gegen ein noch nicht individualisierbares Interesse einer unkonkreten zukünftigen Person.

Ein deliktsrechtlicher Schutz zur Wahrung physischer Integritätsinteressen kommt nur für den nasciturus in Frage. Von anderer Qualität ist die Frage, ob einem geborenen und damit rechtsfähigen Menschen ein Schadensersatzanspruch für einen Schaden zusteht, der schon vor seiner Zeugung und somit vor seiner tatsächlichen Beeinträchtigung verursacht worden ist. Da ein Ungezeugter noch nicht am Leben teilnimmt, kann ihm auch noch kein eigener Lebensschutz zukommen. Diesen natürlichen Gegebenheiten muß das Recht entsprechen. Zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit bedarf es immer einer Physis als empirische Grundlage für die Individualität und auch gleichzeitig als Grundlage einer schützenswerten Integrität. Als gedankliche Fiktion bleibt der *nondum conceptus* eine begriffliche Personifikation ohne Leben und kann daher nicht von einem eigenen Lebensschutz profitieren. Er steht demnach sicher nicht unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Person.

b) Der *nondum conceptus* im Vertrags- und Erbrecht

Anders als das Deliktsrecht sind die Bereiche des Erbrechts, Schenkungsrechts und Vertragsrechts, in denen einem im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts noch nicht gezeugten Menschen unter der Bedingung der Lebendgeburt ein Rechtserwerb vorbehalten bleibt. Dies ist der Fall beim Vertrag zugunsten Dritter, bei der Einsetzung zum Nacherben oder zum Vermächtnisnehmer. Im Rahmen der Beachtung des *nondum conceptus* wie etwa bei der Pflegschaft für unbekannte Beteiligte gemäß § 1913 BGB muß ein Lösungsweg eingeschlagen werden, der frei von der Zusprechung einer Rechtssubjektivität ist. Obgleich überall eine mehr oder minder einleuchtende Position zur Problematik der Rechtssubjektivität des nasciturus ausgeführt wird, erachtet man es oft nicht für notwendig, die Feststellung, daß den noch nicht Erzeugten Rechte zugewendet werden können, fundamental zu begründen.³⁶

Das Reichsgericht hatte sich zur Durchsetzung von Sicherungsmaßnahmen mit der Konstruktion einer fingierten juristischen Rechtsperson mit beschränkter Rechtsfähigkeit beholfen.³⁷ Diese Position, die letztlich darauf hinauslief, den Ungezeugten im Forderungs- und Sachenrecht der beschränkt rechtsfähigen Leibesfrucht oder gar den übrigen Rechtssubjekten gleichzustellen, wird heute allgemein verworfen. Auch wenn die damit verbundene aktuelle Akzeptanz eines nicht existenten Wesens in sich schon einen Widerspruch darstellt, wurde diese Theorie doch in jüngerer Zeit wieder aufgegriffen und ein neuer Versuch unternommen, dem *nondum conceptus* mittels Fiktion die Rechtsfähigkeit zuzusprechen.³⁸ Zuerst müßte demnach grundsätzlich zwischen dem künftig zu erwerbenden Recht, für dessen rechtliche Erklärung die Annahme eines subjektiv bedingten Erwerbs ausreiche, und seinen aktuellen

³⁶ LARENZ: *Allgemeiner Teil*, § 5 II.

³⁷ LANZ-ZUMSTEIN, a.a.O., S. 181 ff.

³⁸ AVENARIUS: *Zur Rechtsstellung des nondum conceptus*, JR 1994, S. 267-270.

Wirkungen unterschieden werden. Die Ineffizienz etwa des Erklärungs-modells eines subjektiv bedingten Rechtserwerbs sollte sich letztlich aus der Einräumung von Sicherungsrechten zugunsten des *nondum conceptus* ergeben. Nach dieser Meinung entfalten die Sicherungsrechte während des Schwebezustandes, der bis zur Realisierung oder auch nicht des Rechtserwerbs andauert, schon gegenwärtige Rechtswirkungen und erfordern demnach eine notwendige Rechtsinhaberschaft, die etwa der Pfleger für den unbekannten Beteiligten selbst nicht besitzen könnte. Dieser vertritt schließlich nur die Angelegenheit des Pflinglings. Daraus wurde dann gefolgert, daß der *nondum conceptus* schon aufgrund dieser einzelnen Sicherungsrechte die Rechtsfähigkeit innehaben muß. Da ausdrücklich vom Vertrag zugunsten Dritter, der Nacherbeneinsetzung und der Einsetzung als Vermächtnisnehmer die Rede ist, wird wohl eine auf diese Bereiche beschränkte Rechtsfähigkeit gemeint sein.

Dem Argument, daß die Bestellung eines Pflegers ein Fürsorgebedürfnis verlange, das wiederum voraussetzt, daß der *nondum conceptus* konkret Rechte erwerben kann, ist entgegenzuhalten, daß nicht das Bedürfnis eines Ungezeugten hier im Mittelpunkt steht, sondern das Bedürfnis des später rechtsfähigen Menschen, dessen Rechtserwerb möglichst sichergestellt werden soll. Subjektive Rechtspositionen sind denn auch nur vom Zeitpunkt der Geburt des Menschen auszumachen.

Unter Einschaltung eines Pflegers kann beispielsweise eine Hypothek auf den Namen eines zu diesem Zeitpunkt noch nicht Existenten, für den Fall der späteren Existenz und darauffolgenden Geburt eingetragen werden. Dies ist ohne weitere Probleme zu akzeptieren, da durch den aktuellen Bestand einer Hypothek dem Ungezeugten noch keine aktuellen Rechte erwachsen. Da das Erfordernis der Rechtsfähigkeit schon für die hohen Ansprüche der formellen Eintragung der Hypothek zu verneinen ist, kann es auch für das materielle Grundpfandrecht nicht zwingend sein. In der Gesamtansicht geht es schließlich allein darum, der Vereitelung einer rechtsgeschäftlich fundierten Begünstigung eines später dann geborenen Menschen sicherungshalber entgegenzuwirken. Die zukünftige Rechte absichernde Hypothek weist ein Merkmal auf, das sie mit den sogenannten Sicherungshypotheken³⁹ verbindet. Der Grundsatz der Akzessorietät wird hier strenger gehandhabt, wobei sich die Sicherungshypothek nach dem Bestand der Forderung bestimmt, während sich die Hypothek für den *nondum conceptus* nach dem Bestand des künftigen Rechts definiert.

Selbst wenn der § 331 Abs. 2 BGB, der den Vertrag zugunsten Dritter bei Leistung auf den Todesfall regelt, ein grundsätzliches Aufhebungs- und Abhänderungsverbot des Leistungsversprechens errichtet, so eröffnet auch dies nicht den Lösungsweg für eine fiktive Rechtsfähigkeit Ungezeugter. Für die Schwebezeit bis zur Sicherheit bezüglich des Eintritts des Zeitpunkts der Leistung wird noch kein unentziehbares Anwartschaftsrecht vermittelt,⁴⁰ sondern es besteht allenfalls eine besonders sichere Anwartschaft, die wiederum nur einen zukünftigen Rechtserwerb zu sichern sucht.

Erst die Geburt vermittelt dem Menschen die Rechtssubjektivität, und sie allein muß damit auch die Voraussetzung eines jeden Rechtserwerbs bleiben. Eine ausdrückliche gesetzliche Fiktion, wie sie für den *nasciturus* wohl am deutlichsten in § 1923 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt, sucht man zugunsten des *nondum conceptus*

³⁹ BAUR, FRITZ/STÜRNER: ROLF: *Lehrbuch des Sachenrechts*. 16. Aufl., München 1992, § 42.

⁴⁰ AVENARIUS: a.a.O., S. 269.

vergebens. Die fiktionale Begründung des nasciturus kann ihrerseits dem nondum conceptus nichts nutzen. Im deutschen Zivilrecht ist ferner kein der lateinischen Maxime zugunsten des infans conceptus entsprechender allgemeiner Rechtsgrundsatz zur Gleichstellung zwischen nondum conceptus und nasciturus auszumachen. Nach der rechtslogischen Gesamtbetrachtung der Rechtsfähigkeit kann der Gesetzgeber nur den Ausschluß des nondum conceptus im Auge gehabt haben. Eine nach den Idealen der Rechtssicherheit und der Rechtslogik strebende Rechtsordnung könnte nicht allen Ernstes einer menschlichen Eventualität die aktuelle beschränkte Rechtsfähigkeit zugestehen.

Nur ohne die Anerkennung einer Rechtsfähigkeit können die erbrechtlichen und vertragsrechtlichen Berücksichtigungen von natürlichen Personen, die erst noch zur Entstehung kommen müssen, einen akzeptablen Bestand haben. Diese Rechtsbereiche kennen dabei besondere Mechanismen, die jeweils sicherstellen sollen, daß der Rechtsverkehr und die Rechtssicherheit gewährleistet bleiben. Die Beachtung der rechtsgeschäftlich geschaffenen Interessen zukünftiger Personen ist dabei jedoch sowohl gesichert als auch begrenzt. Eine der Rechtsstellung des nasciturus entsprechende Position kann dabei nie erreicht werden.

Von der Mehrheit des Schrifttums wird heute wohl die Theorie eines subjektiv bedingten Rechtserwerbs vertreten. Hier wird gleichfalls nicht gänzlich auf die Gewährung der Rechtsfähigkeit verzichtet. Vielmehr glaubt man einen tauglichen subjektiven Bezugspunkt im Rahmen der Einzelbestimmungen erkennen zu müssen, der auf eine beschränkte oder bedingte Teilrechtsfähigkeit hinausläuft.⁴¹ Der durch die zukünftige Lebendgeburt bedingte Erwerb eines Rechts bleibt allerdings der natürlichen Rechtsperson vorbehalten. Bis zur Realisierung der Bedingung, der Geburt des Rechtssubjekts, bedarf es einer existierenden Person, der eine entsprechende rechtliche Bindung auferlegt wurde. Ein positiver Rechtsanspruch des nondum conceptus kann nirgends gefolgert werden.

II. Die Rechtsposition Ungeborener im ungarischen Recht

Die Rechtsstellung und die Rechte des Ungeborenen sind aufgrund der traditionellen und naturrechtlichen Rechtsanschauung zu erklären. Das ungarische Privatrecht basiert in seinen Grundzügen theoretisch und gesetzlich auf der Tradition, und die Entscheidung des Verfassungsgerichts paßt auch in diese Linie hinein.

1. Die Rechtsstellung und die Rechte des Ungeborenen⁴²

Aufgrund der traditionellen Auffassung ist die Rechtsfähigkeit des Ungeborenen bis zur lebendigen Geburt allgemein, gleich und bedingt. Die Kategorie der bedingten

⁴¹ LANZ-ZUMSTEIN: a.a.O., S. 183 f.

⁴² TÖRY, KÁROLY: *Der rechtliche Schutz der nicht geborenen Leibesfrucht*, in: Magyar Tudomány 1990, Nr. 1; LENKOVICS, BARNABÁS: *Über das Recht der Leibesfrucht zum Leben*, in: Magyar Tudomány 1990, Nr. 2; JOBBÁGYI, GÁBOR: *Die Rechtsfähigkeit und das Lebensrecht der Leibesfrucht im ungarischen Recht*, in: Magyar Jog; 1991, Nr. 7; Kommentar des Ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches, erster und zweiter Band, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1995.

Rechtsfähigkeit gibt Anlaß zur Diskussion. Nach dem Verfassungsgericht ist diese Kategorie nicht geeignet, die Rechtsstellung des Ungeborenen bzw. die Frage der Schwangerschaftsunterbrechung zu lösen.

Ausgangspunkt der Prüfung ist dennoch der Begriff der bedingten Rechtsfähigkeit. Aus dem Wesen der bedingten Rechtsfähigkeit folgt, daß die Rechtspersönlichkeit des Ungeborenen nicht völlig verneint werden kann bzw. er nicht außerhalb des Rechtes gestellt werden kann. Der Ungeborene existiert auch im Zustand der bedingten Rechtsfähigkeit, das Recht existiert für ihn. Dieses Prinzip findet eine Stütze in § 10 UBGB, der dem Ungeborenen den Status eines Kindes gewährt und die Anordnung einer Vormundschaft ermöglicht, um seine Rechte zu schützen. Aus § 10 des UBGB folgt, daß der Ungeborene ein Rechtssubjekt ist, das Rechte hat. Diese Regelung findet aber in der Praxis kaum Anwendung, und auch die Theorie hat diese Frage nicht ausführlicher geprüft. Der Kommentar zum UBGB stellt klar, daß der Vormundpfleger nur bis zum Zeitpunkt der Geburt handeln kann. Gäbe es keine Rechte, wäre für den Vormundpfleger kein Raum.

Um die Schwierigkeiten der bedingten Rechtsfähigkeit zu überbrücken, kann vielleicht eine aus dem Schuldrecht (§§ 228, 229 UGB) genommene Analogie helfen, obwohl evident ist, daß die Beziehung des Ungeborenen und der Mutter nicht als „ein Vertrag“ angesehen werden. Trotzdem muß der Begriff der „bedingten Rechtsfähigkeit“ mit Inhalt gefüllt werden, und dabei können nur die genannten Vorschriften des UBGB helfen. Auch in der ministeriellen Motivierung des UBGB wird die Situation des Ungeborenen als „rechtlicher Schwebezustand“ beurteilt. Aus der Analogie bzw. Fiktion folgt, daß die Schwangerschaft, als die „Bedingung“ der lebendigen Geburt – willkürlich nicht unterbrochen werden kann. Der Ungeborene ist also ein Rechtssubjekt, das bestimmte Rechte hat.

Die Annahme der „bedingten Rechtsfähigkeit“ ist nur mit Hilfe einer Analogie oder Fiktion möglich. Deshalb ist es beruhigender, wenn man – als alternative Lösung – die Rechtsfähigkeit des Ungeborenen als vorläufig ansieht. Die Vorläufigkeit dauert bis zur Geburt und bedeutet auf keinen Fall einen beschränkten, niedrigeren Status. Die Vorläufigkeit bedeutet nur eine rechtliche Unsicherheit, die mit der Geburt sicher wird, und betrifft das allgemeine und gleiche Wesen der Rechtsfähigkeit des Ungeborenen. Aus diesem folgt, daß aufgrund des Entwicklungszustandes und des gesundheitlichen Zustandes kein Unterschied gemacht werden kann. Das Verbot der Unterscheidung aufgrund des Entwicklungszustandes folgt auch aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Die nächste zu prüfende Frage ist, ob der Ungeborene eine vollberechtigte menschliche Person ist oder seine Rechtsfähigkeit auf niedrigerem Niveau steht. Theoretisch ist es, wie ausgeführt, richtig, dem Ungeborenen die vollberechtigte menschliche Persönlichkeit zuzuerkennen, doch führt ihre Anwendung zu praktischen Schwierigkeiten. Diese Möglichkeiten hat das Verfassungsgericht eindeutig für möglich gehalten. Wenn also diese Lösung wegen der zweifellosen Schwierigkeiten nicht anzunehmen ist, muß wegen der Verpflichtung des Staates, das Leben des Ungeborenen zu schützen, wenigstens auf theoretischem Niveau unbedingt ein rechtlicher Status gebildet werden, wonach der Ungeborene aus ärztlichen, rechtlichen und moralischen Gesichtspunkten als menschliches Geschöpf angesehen wird, das Rechte hat und dem der rechtliche, ärztliche und moralische Schutz zukommt.

Wenn gegenwärtig der Ungeborene nicht als „vollberechtigte menschliche Person“ betrachtet wird, dann ist es am zweckmäßigsten, ihn als entstehende menschliche Person zu qualifizieren. Die Rechtspersönlichkeit des Ungeborenen ist ab der Empfängnis schon so unabhängig von seiner Mutter und seinem Vater, daß seine Rechte von niemandem außer acht gelassen werden können. Man kann sagen, daß der Ungeborene eine entstehende menschliche Person ist, deren Rechtsfähigkeit allgemein, gleich und vorläufig ist. Da der Ungeborene eine im Entstehen befindliche menschliche Person ist, ist seine Rechtsfähigkeit noch nicht völlig, ist also nicht gleich mit der einer lebenden Person. Daraus folgt noch nicht, daß es anzunehmen wäre, die Kategorie der Rechtsfähigkeit irgendwie zu beschränken. Prinzipiell kommen dem Ungeborenen alle Rechte zu, die auch den lebenden Menschen betreffen. Angesichts der vorläufigen Rechtsfähigkeit ist es aber offenbar zweckmäßig, die Geburt abzuwarten. Trotzdem gibt es auch Rechte, die den Ungeborenen ab der Empfängnis betreffen. Dies können Persönlichkeits- und Vermögensrechte sein.

a) Die Persönlichkeitsrechte des Ungeborenen

aa) Das Recht auf Leben

Das Recht auf Leben ist das wichtigste Grundrecht. Es bedeutet, daß der Ungeborene ab dem Empfängniszeitpunkt an das Recht hat, geboren zu werden, und das Rechtssystem muß dieses Recht schützen. Die Schwangerschaft darf auf keinen Fall „frei“ unterbrochen werden. Im Gesetz LXXIX aus dem Jahre 1992 über den Schutz des Ungeborenen wird dies geregelt. In der Präambel des Gesetzes steht:

„Das Parlament der Ungarischen Republik hat das folgende Gesetz im Bewußtsein dessen, daß

- das mit der Empfängnis angefangene Leben eines Ungeborenen Ehre und Schutz verdient;
- der Schutz des Lebens eines Ungeborenen mit erhöhter Sorge für die Babys erwartenden Weiber verwirklicht werden kann;
- gleichzeitig das Erschaffen der die gesunde Entwicklung sichernden Bedingungen die Verantwortung der Eltern ist;
- die Schwangerschaftsunterbrechung kein Mittel der Familienplanung und der Geburtenregelung ist;
- die Familienplanung das Recht und die Verantwortung der Eltern ist;

eingebraucht.

Da bei der Schwangerschaftsunterbrechung „ein menschliches Leben“ vernichtet wird, kann der Staat dazu nur bei sehr schweren beachtenswerten Gründen die Möglichkeit geben. Theoretisch ist der Standpunkt richtig, der nur im Fall der Lebensgefahr der Mutter die Schwangerschaftsunterbrechung erlaubt, weil hier zwei auf gleichem Niveau stehende Rechte gegenüberstehen. Die Richtigkeit dieses Standpunktes folgt daraus, daß das Lebensrecht des Ungeborenen genau wie das eines lebenden Menschen ein unbeschränktes Grundrecht ist. Die Praxis hat in der letzten Zeit das Lebensrecht des Ungeborenen bestätigt. In einem Fall wurde für die künstliche Aufrechterhaltung des Lebens der schwangeren Frau, die im Zustand des klinischen

Todes war, bis zur Geburt des Ungeborenen entschieden. In einem anderen Fall wollte ein Ehepaar aus religiösen Gründen dem Kaiserschnitt nicht zustimmen, aber das Leben der Mutter und des Ungeborenen geriet in akute Lebensgefahr. Das Gericht erlaubte den Ärzten, die Operation durchzuführen. In beiden Fällen war das selbständige Lebensrecht des Ungeborenen der Grund der Entscheidung.

ab) Das Recht auf Würde

Das Ungeborene ist keine Sache, kein Gegenstand, sondern eine menschliche Persönlichkeit tragende, im Entstehen befindliche menschliche Person. Daraus folgt, daß ihm in allen Phasen seiner Entwicklung Menschenwürde zukommt. Der Ungeborene darf weder innerhalb noch außerhalb der Gebärmutter ärztlichen Eingriffen unterworfen werden, sofern diese nicht das Beste für ihn darstellen und den Interessen des individuellen Ungeborenen dienen. Ungeborene, die als genetisch niedrigeren Ranges oder als fehlerhaft eingestuft werden, dürfen nicht vernichtet werden. Die Schwangerschaftsunterbrechung aus genetischen Gründen ist nur zu rechtfertigen, wenn Lebensunfähigkeit außerhalb der Gebärmutter besteht. Der „Wahrscheinlichkeitsbeweis“ eines genetischen Grundes ist nicht anzunehmen, weil es damit möglich wäre, die Vernichtung eines gesunden Ungeborenen zu legitimieren.

ac) Das Recht auf Gesundheit

Das „Recht der gesunden Geburt“ ist ausschließlich als das dem Ungeborenen zustehende Recht aufzufassen und bedeutet das Recht zur Heilbehandlung. Es kann auf keinen Fall so aufgefaßt werden, daß es die Eltern oder den Arzt für den Fall genetischer Veränderung zur Vernichtung des Ungeborenen berechtigt.

Das Recht zur Gesundheit bedeutet die ungestörte Entwicklung innerhalb der Gebärmutter und erlaubt, sofern es sich nicht um Eingriffe im Interesse des Lebens- und Gesundheitsschutzes der Mutter handelt, nur solche Eingriffe, die im Interesse des Ungeborenen durchgeführt werden.

b) Die Vermögensrechte des Ungeborenen

ba) Die Fähigkeit zu erben

Völlig unstrittig ist im ungarischen Rechtssystem die von der lebenden Geburt abhängige Erbfähigkeit der Ungeborenen ab dem Zeitpunkt der Empfängnis.

bb) Die Fähigkeit, Ansprüche zu haben

Der Ungeborene hat offenbar einen Anspruch auf Versorgung, darauf, daß seine Mutter während der Schwangerschaft schonungsvoll behandelt wird und auf sie Rücksicht genommen werden soll. Die der schwangeren Frau zukommenden Begünstigungen und Unterstützungen dienen offenbar auch dem Interesse des Ungeborenen; die Mutter hat darauf Anspruch, weil es den Ungeborenen gibt.

Der Ungeborene kann auch einen Ersatzanspruch haben, einerseits wenn der unterhaltspflichtige Vater wegen eines schädigenden, vorwerfbaren, rechtswidrigen Verhaltens stirbt; andererseits wenn die Mutter des Ungeborenen während der Schwangerschaft durch unrechtmäßige Einwirkung, z.B. Körperverletzung, eine Schädigung erfährt, aufgrund derer die Gesundheit des Ungeborenen dauerhaft geschädigt wird.

bc) Die Fähigkeit, bei bestimmten Rechtsgeschäften Erklärungen; zu empfangen

Es wäre schwer, die Gültigkeit von Kauf- und Schenkungsgeschäften zu bestreiten, die vor der Geburt zugunsten des Ungeborenen geschlossen werden. Daraus folgt, daß der Empfänger in bestimmten Rechtsgeschäften auch ein Ungeborener sein kann, besonders bei Kauf-, Schenkungs- und Versicherungsverträgen. Ebenso wie der Ungeborene als Begünstigter im Versicherungsvertrag nicht ausgeschlossen werden kann, kann auch ein Kaufgeschäft oder die Schenkung einer beweglichen Sache oder eines Immobiliargutes für den Ungeborenen kein Hindernis bedeuten.

Die Vermögensrechte sind natürlich nur in Form der „Anwartschaft“, im Gegensatz zu den Personenrechten, denkbar. Für den Ungeborenen kann man nicht „leisten“, aber der gesetzliche Vertreter (Eltern, Vormundpfleger) kann die Leistung annehmen, allerdings – wie gesagt – nur als Anwartschaft.

Die Rechtsfähigkeit des Ungeborenen ist so prinzipiell unbeschränkt, aber von der Seite der praktischen Anwendung müssen bestimmte Beschränkungen anerkannt werden. Es ist schwer sich beispielsweise das Namensrecht (die Taufe) für den empfangenen Ungeborenen oder das Pietätsrecht (z.B. Beerdigung) für die spontan verlorenen Ungeborenen vorzustellen. Man würde bei der Beurteilung mancher öffentlich-rechtlichen Berechtigungen für den Ungeborenen zu ähnlichen absurden Situationen kommen, z.B. Wahlrecht, Recht des Waffentragens. Zur gleichen Zeit muß aber gesehen werden, daß jedes Rechtssystem bei der Aufstellung der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit im wesentlichen Rechtsfähigkeitsbeschränkungen aufstellt. Im ungarischen Recht sind folgende Fälle zu nennen: z.B. das ehefähige Alter, geregelt in § 10 Abs. 3 des Familiengesetzes oder die Bestimmung der Rechtsgeschäfte, die auch mit Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde nichtig sind, in § 20 Abs. 1 UBGB. Natürlich ist die Rechtmäßigkeit dieser Beschränkungen nicht zu bestreiten, und es ist eine Tatsache, daß es rechtlich genauso absurd ist, über die Taufe eines Ungeborenen zu sprechen, wie über die Eheschließung von gerade erst geborenen Kindern; beides bedeutet im wesentlichen Rechtsfähigkeitsbeschränkungen. Die enge Beschränkung der Rechtsfähigkeit des Ungeborenen bis zur Geburt ergibt sich aus der Vorläufigkeit, und ist ebenso sinnvoll wie die oben geschilderte bei Kindern.

2. Das Selbstbestimmungsrecht der Mutter

Die Empfängnis des Ungeborenen, die neunmonatige Schwangerschaft und die auf diese folgende Kindererziehungsperiode betreffen eindeutig die Personen- und Vermögensrechte sowie –verpflichtungen der Eltern. Die individuelle Lebensbahn der

Mutter wird von der Zahl der Kinder beeinflußt, und die Kindererziehung bedeutet in jeder Gesellschaft Gebundenheiten für die Eltern.

Trotzdem muß das „Verfügungsrecht“ (väterlich, mütterlich, ärztlich oder staatlich) aller Art über das Leben des Ungeborenen oder des Kindes mit aller Bestimmtheit verneint werden. Da das Leben des Ungeborenen ein menschliches Leben ist, der Ungeborene eine im Entstehen seiende Person, ist er keine „Sache“, über die man „verfügen“ kann.

Die inländischen und ausländischen Rechtsnormen, die die Gleichberechtigung der Frauen garantieren, können nicht als „das Recht zur Schwangerschaftsunterbrechung“ angesehen werden. Solch ein „Recht“ wird von keiner Grundrechtsnorm im Kreis der „Frauenrechte“ ausgesagt. Der grundlegende Grund dafür ist, daß es in diesem Fall um das Leben eines anderen geht, namentlich wird über das selbständige Leben des Ungeborenen entschieden.

Aus all diesem folgt aber die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes nicht. Die Frauen und Männer, also die Familien, betrifft unbestritten das Recht der Familienplanung. Alle Frauen und Männer haben das Recht kein Kind zu empfangen, entweder so, daß sie sich der geschlechtlichen Beziehung enthalten, oder so, daß sie mit den jedermann zugänglichen Mitteln der Empfängnisverhütung leben. Diese Rechte werden offen oder stillschweigend von jeder menschlichen Gesellschaft anerkannt. Diskutiert wird nur über die Zulässigkeit der Verhütungsmittel.

Auch die „Gründe“, aufgrund derer im 20. Jahrhundert in mehreren Staaten die Schwangerschaftsunterbrechung erlaubt wurde, können nicht als „Selbstbestimmungsrecht“ angesehen werden. Hier geht es ohne Zweifel um „Rechte“, aber nicht Selbstbestimmungsrechte, die im gegebenen Fall gegen das Lebensrecht des Ungeborenen verstoßen und das Recht der Mutter als schützenswerter ansehen.

III. Die Rechtsposition Ungeborener im englischen Recht

Da das gesamte englische Recht nicht kodifiziert ist, wird versucht, den einzelnen Tatbestand bestmöglich zu behandeln. Anstelle der Aufstellung allgemeiner Regeln und der abstrakten Deduktion orientiert man sich an schon früher entschiedenen Tatbeständen. Auf diesem Wege entwickelte sich ein Gewohnheitsrecht, das sich mittels konsequenter Anwendung der Analogie weiterentwickeln kann.

Während die Behandlung der Rechtspersönlichkeit nach der konstruktiven Methode der kontinentalen europäischen Rechte zwangsläufig die rechtliche Würdigung der Ungeborenen und Ungezeugten erheblich erschweren mußte, vollzog das englische Recht die Verknüpfung einer rechtlichen Personeneigenschaft mit der biologischen Existenz ohne begriffliche Einordnungsschwierigkeiten. Die englische Rechtslehre blieb immer bestrebt, sich an die Tatsachen zu halten und lehnt die Abstraktionsformen weitgehend ab. So wie die Notwendigkeit der Akzeptanz der juristischen Person sich aus der Praxis ergab, hat sich auch eine dogmatische Brisanz im Bereich der werdenden oder noch zu zeugenden Menschen nie entfachen können. Dem englischen Recht bleibt denn auch selbst eine gesetzliche Regelung zur allgemeinen Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen unbekannt. Wollte man einen

Begriff der legal capacity erkennen, umfaßte er sowohl den Bereich der Geschäftsfähigkeit als auch den der Deliktsfähigkeit.

Im englischen Recht ist dem Fötus kein rechtlicher Status zuerkannt worden. Insbesondere in mehreren neueren Entscheidungen zur privatrechtlichen Dimension ist dies in der Vergangenheit immer wieder festgestellt worden.⁴³ Der Grundsatz, daß ein ungeborenes Kind vor seiner Geburt, beziehungsweise vor seiner von der Mutter getrennten Existenz keine eigenen aktuellen Rechte innehaben kann, durchdringt das gesamte englische Zivilrecht. Dies gilt auch für das Erbrecht, in dem das Kind durch eine fiktionale Konstruktion vom Zeitpunkt der Zeugung ab zwar Erbrechte haben kann, diese jedoch ihrerseits immer von einer späteren Lebendgeburt des Kindes abhängen. Der Einsatz des ultimativen Mittels der Fiktion bewahrt hier sowohl das Interesse des ungeborenen Kindes als auch die prinzipielle Gültigkeit des Rechtsgrundsatzes. Wenn man von einer dogmatischen Betrachtung reden kann, so kann es im englischen Recht angesichts des fast allgemeintauglichen Rechtsinstituts trust, das in direktem Zusammenhang zur Zuteilung des Rechts in legal right und equitable right steht, erst gar nicht zu Problematiken eines aktuellen Rechtserwerbs einer zukünftigen Person kommen.

Im Deliktsrecht reicht die generalklauselhafte Dimension des deliktischen Tatbestandes *negligence* bis zur Ahndung einer Fahrlässigkeit, die vor der Geburt oder auch vor der Zeugung des Geschädigten liegt. Insofern steht auch hier dem nondum conceptus kein Schadensersatz zu, sondern immer nur dem geborenen Menschen. Zudem hat der englische Gesetzgeber mit dem *Congenital Disabilities* (Civil Liability) Act 1976 die negligence-Rechtsprechung vervollständigt, so daß im englischen Recht eine vorgeburtliche Schädigung Haftungskonsequenzen auslösen kann.

Diese Grundeinstellung hat jedoch nicht zur Folge, daß ein durchweg konsequentes Verhalten der Richterschaft festzustellen wäre. Auch in England wird man nicht umhin kommen, sich nach und nach den latenten rechtskonstruktivistischen Problemen zu stellen. Illustriert wird die etwas unstimmige Einstellung des englischen Rechts dem ungeborenen Kind gegenüber in einem Fall aus dem Jahre 1992.⁴⁴ Eine junge Frau von dreißig Jahren, deren Schwangerschaftsendtermin schon erheblich überschritten war, lag seit mehr als zwei Tagen in den Wehen. Die transversale Lage des Kindes verhinderte definitiv einen natürlichen Geburtsvorgang, aber obwohl nur ein Kaiserschnitt Mutter und Kind retten konnte, verweigerten die werdende Mutter und ihr Ehemann aus religiösen Gründen ihr Einverständnis zu diesem Eingriff. Um dennoch eine rechtmäßige Operation vornehmen zu können, wandte sich die zuständige Gesundheitsbehörde im Eilverfahren an die Präsidenten der Family Division des Court of Appeal und verlangte ein Feststellungsurteil als rechtliche Grundlage zur Vornahme des lebensrettenden Kaiserschnittes. Das Gericht entsprach der Bitte der Gesundheitsbehörde, indem es feststellte, daß die Operation ungeachtet der Einwilligungsverweigerung der Mutter durchgeführt werden dürfe.

Grundsätzlich gilt in England, daß jeder erwachsene Mensch, der sich im Besitz seiner geistigen Fähigkeiten befindet, ein uneingeschränktes Selbstbestimmungsrecht seinem Körper gegenüber besitzt. Auch in einer Patientensituation ist dieses

⁴³ Nachweise bei HERMANN-ENGEL, KARL-JOSEPH: *Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung*. Osnabrück 1997., S. 327, Fn. 1322.

⁴⁴ TEFF, HARVEY: *Reasonable Care*. Oxford 1984, S. 152-158.

fundamentale Recht nicht außer Kraft gesetzt. Der Wortlaut der Entscheidung läßt nicht klar erkennen, welches Kriterium zur Erlaubnis des Eingriffs geführt hat, doch läßt der ausdrückliche Verweis auf ein Urteil, das das Selbstbestimmungsrecht des geistig gesunden Patienten anerkannt hat, erkennen, daß die Interessen des ungeborenen Kindes für die Entscheidung im Mittelpunkt standen. Das Lebensinteresse des ungeborenen Kindes scheint mindestens im Extremfall des lebensfähigen Fötus dem Selbstbestimmungsrecht der Mutter vorgezogen zu werden.⁴⁵

HARALD GÖDDE

A SZÜLETENDŐ SZEMÉLY A POLGÁRI JOGBAN ÉS JOGKÉPESSÉGÉNEK KEZDETE

(Összefoglalás)

A tanulmány német szerzője az emberi méhmagzat jogállásának néhány fontosabb aspektusát dolgozza fel a német szabályozásból kiindulva, de bemutatva a magyar jogrendszer néhány alapvető rendelkezését is. A komparatív megközelítés az egyik legfőbb jellemzője a munkának, amely gazdag irodalomapparátus felhasználásával fejti ki mondanivalóját.

Az első rész a születendő gyermek, a *nasciturus* jogállását fejti ki, főbb vonalaiban a hatályos német magánjogi dogmatika fogalomvilágába ágyazottan. Ennek során szól a szerző a *nasciturus* személyiségével kapcsolatos kérdésekről, a részleges vagy teljes jogképeség problematikájáról. Behatóan elemzi a tanulmány egy absztrakt felfogás, az ún. *nondum conceptus* jogi megközelítését, kiemelve a büntetőjogi, kötelmi és öröklésjogi vonatkozások súlyos és szerteágazó jogi relevanciáit.

A dolgozat második része (a munkán belüli arányosság szempontjára tekintettel) a mai magyar jog álláspontját fejti ki. Ennek során szól a még meg nem született személy jogállásáról és általában jogairól, közelebbről a személyiségi (jog az élethez, a méltósághoz és az egészséghez) és a vagyoni (öröklésjogi, igénytámasztási etc.) jogosultságokról. Ez a rész különösen plasztikusan tárja fel e sokat vitatott jogviszony fontosabb vonásait, hiszen rögtön a német dogmatikai megoldások után olvasható a magyar modell, s látható, milyen sok a közös és hasonló rendelkezés.

A dolgozat harmadik része a komparatív megközelítést szinte teljessé téve az angol jogrend felfogását is vizsgálja. Ebből megtudhatjuk, hogy az angolszász bírói jog számos tekintetben élesen elválik a kontinentális gyakorlattól; elsősorban abban a tekintetben, hogy az angol jog még olyan korlátozott formában sem ismeri el a méhmagzat jogképeségét, mint a római-kánoni jog hatására kifejlődött kontinentális európai megközelítés. Leginkább ókori görög filozófiai párhuzamokra tekintettel azt vallja az angol praxis, hogy a méhmagzat úgy tekintendő, mint az anya testének része (per analogiam: miként a gyümölcs része a fának). A modern angol jog mindazonáltal nagyon sokat finomított hagyományos felfogásán, és ma már sok tekintetben közelebb került a német-magyar jogi állásponthez.

⁴⁵ HERMANN-ENGEL, a.a.Ö., S. 328 f.

GÖRÖG MÁRTA

Bevezetés a német konszernjogba

I. A kapcsolt vállalkozásokra vonatkozó általános szabályok¹

A konszernjog legáltalánosabb megközelítése szerint a *kapcsolt vállalkozások joga*, mely több vállalkozás kapcsolódása által létrejött egyetlen gazdasági egység vonatkozásában aktualizálódott társasági jogi kérdéseket rendez.²

A konszernjog e lényegi jellemzőjéből adódóan először a kapcsolt vállalkozásokra irányadó „általános részi rendelkezéseket”, fogalmi ismérveket célszerű áttekinteni.

1. A vállalkozás fogalma

A részvénytársaságokról szóló törvény (Aktiengesetz, a továbbiakban: AktG) konszernjogi előírásai csakis és kizárólag a vállalkozások, az „Unternehmen”-ek számára jelentenek szabályozási lehetőséget. A törvényalkotó e megoldása következtében bír különös jelentőséggel a vállalkozás fogalmának meghatározása.

A vállalkozás fogalmának részvénytársasági konszern tekintetében történő definiálása a jogirodalomban korábban meglehetősen vitatott volt. A nézetek különbözőségére az adott okot, hogy egyes szerzők a vállalkozás természetének funkcionális oldalát vizsgálták, mások a vállalkozás fogalmának intézményi meghatározását helyezték előtérbe.

A vállalkozás, annak funkcionális meghatározása szerint: A konszernjog vállalkozása, illetőleg vállalkozója az AG, illetve a GmbH valamennyi olyan társasági tagja – függetlenül annak jogi formájától –, amelynek gazdasági érdeke fűződik a társaságban való részesedéséhez. Másik megközelítés szerint valamennyi olyan társasági tag ren-

¹ A német konszernjog témaválasztásának alapja konszernjogi rendelkezéseink német jogi gyökereken való kialakulása és fejlődése.

Az 1988. évi VI. tv. kodifikációja idején értelemszerűen nem álltak rendelkezésre gyakorlati tapasztalatok, így az jogelméleti alapokra épült. E sajátossága okán a gyakorlati alkalmazás során többek között a konszernjogi rendelkezések is hiányosságokat mutattak. Jelenleg hatályos társasági törvényünk e jogalkotási hiányosságokat igyekezett kiküszöbölni, és társasági jogrendünket az EU jogharmonizációs kötelezettségünknek eleget téve az Európai Unió irányelveiben megjelölteknek megfelelően módosítani. – Az 1997. évi CXLIV. tv. XIV. fejezete foglalkozik a konszernjoggal „Befolyásszerzés gazdasági társaságban” fejezetcím alatt. Konszernjogi rendelkezéseink az 1965. évi német részvénytársasági törvény ún. faktikus konszern jogán alapulnak, a hozzá fűzött indokolás szerint „az ún. vállalatvezetési szerződések átvételét a magyar gyakorlati tapasztalatok nem indokolták”. Konszernjogi rendelkezéseink német faktikus konszernjogi gyökerei miatt a cikk a hangsúlyt a részvénytársasági és a GmbH faktikus konszernre helyezi a konszern további jellemzői alapvető bemutatása mellett.

² A német törvényalkotó a § 15 AktG-ben jelölte meg a kapcsolt vállalkozásokat. Ezek a többségi tulajdonban álló és többségi befolyással rendelkező vállalkozás (§ 16), a függő és uralkodó vállalkozás (§ 17), a „Konzernunternehmen”, „konzern vállalkozás” (§ 18), és a kölcsönös részesedésű vállalkozás (§§ 19, 328).

delkezik vállalkozás ismérvvvel, amelyik nem csak egy társaságban, hanem e társaságon kívül más társaságban is részesedéssel rendelkezik.³

A vállalkozás jogi formája konszernjogi szempontból nem játszik szerepet. Eszerint nem csak a tőketársaságok és a közvetlen vállalkozók, hanem – magától értetődően – a személyi társaságok, egyesületek, alapítványok, szövetkezetek e tekintetben vállalkozás-sókként tekintendők.

2. Többségi részesedés

A § 16 AktG jelöli meg a többségi részesedés fogalmát. A többségi részesedés e jogszabályhely szerint akkor valósul meg, amikor a GmbH üzletrészeinek többsége egy másik vállalkozáshoz tartozik, vagy e másik vállalkozás a társaság szavazati jogának többségével rendelkezik.⁴

A többségi részesedés legfontosabb jogkövetkezménye a függőség vételeme (§ 17 Abs. 2 AktG).⁵ Ezt a vételemet bizonyos esetekben megdönthetőnek kell tekinteni, így ha a többségi részesedés kivételes módon a fennálló körülmények alapján nem rendelkezik azzal a lehetőséggel, hogy a vezető tisztségviselő megválasztására, vagy a társasági politikára befolyással bírjon. Ilyen körülmények lehetnek többek között: ha a tőke-részesedés többsége nem jár együtt a szavazati jog többségével; az alapszabály megkülönböztetett szavazati jog korlátozásokat ír elő stb.⁶

3. Függőség

A § 17 Abs. 1 AktG szerint a függő vállalkozások jogilag önálló olyan vállalkozások, amelyben egy másik vállalkozás közvetlen, vagy közvetett módon meghatározó befolyással rendelkezik.⁷ A többségi tulajdonban álló vállalkozás tekintetében a fentiekben meghatározottak szerint feltehető, hogy ez a másik vállalatától függő pozícióban van.

Amennyire egy GmbH *többségi* tulajdonában álló vállalkozásnak tilos az anyatársaság üzletrészeinek megszerzése vagy jegyzése, úgy tilalmazott ez a GmbH-től *függő* vállalkozás számára is. Ennyiben nem mutatható ki különбözőség a többségi tulajdon és a függőség között.⁸

³ Ez utóbbi felfogás tükröződik a következő ítéletekben: BGHZ 69. 334 (337. p.); BGHZ 85, 94 (90. p.)

⁴ § 16 többségi tulajdonban álló és többségi részesedéssel bíró vállalkozás.

(1) Amennyiben egy jogilag önálló vállalkozás részesedésének, illetve a szavazati jogának többsége egy másik vállalkozáshoz tartozik, úgy az egyik vállalkozás többségi tulajdonban álló vállalkozás lesz, míg a másik pedig felette többségi részesedéssel bíró vállalkozás.

⁵ „§ 17 (2) Egy többségi tulajdonban álló vállalkozásról feltételezhető, hogy az a felette többségi részesedéssel rendelkező vállalkozástól függ.”

⁶ EMMERICH-SONNENSCHNEID: *Konzernrecht*, 2. Aufl. 1977., 45. p.; H. WERNER: *Der aktienrechtliche Abhängigkeitsstatbestand*, 1979, 167. p.

⁷ § 17 (1) A függő vállalkozások olyan jogilag önálló vállalkozások, melyek felett egy másik vállalkozás (uralkodó vállalkozás) közvetlenül vagy közvetve uralkodó befolyást szerez. Megjegyzendő, hogy a német jog nem a „meghatározó befolyás” kifejezését használja, hanem az „uralkodó befolyás” kifejezésével operál.

⁸ Scholz Kommentar zum GmbHG Mit Nebengesetzen und den Anhängigen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, 7. Átdolgozott kiadás, Konzernrecht, 54. Randnummer.

A § 18 AktG szerint vélhető, hogy a függő vállalkozás az uralkodó vállalkozással konszernt képez.⁹ Ez a vélelem azonban két különböző módon megdönthető, egyrészt annak bizonyításával, hogy valójában nem áll fenn a vállalkozások között függőségi kapcsolat, másrészt annak bizonyításával, hogy a függőség által alapított uralmi pozíció ténylegesen egyáltalán nem, vagy csak egészen alkalmoszerű szükséglet által keletkezett, amit az is kellőképpen bizonyít, hogy a vállalkozások között nem létesült egységes vezetés, ami viszont a konszern fennállásának egyik elengedhetetlen követelménye.¹⁰

A következőkben a cikk a német konszern, elsődlegesen a német faktikus konszern alapjainak ismertetésére tér át.

II. Bevezetés a konszernjogba

1. A konszern(jog) fogalma

A konszern(jog) fogalmának pontos, valamennyi lényegi, meghatározó ismértévt tartalmazó megjelölése igen nehéz. A konszern törvényi fogalma szerint akkor valósul meg, ha egy uralkodó és egy, vagy több függő vállalkozás az uralkodó társaság egységes vezetése alatt egységesül.

A konszern tehát egy *többoldalú kapcsolat*, aminek elsődleges jellemzője valamennyi, a konszernben résztvevő vállalkozás felett gyakorolt egységes vezetés. A konszern megvalósulása, illetőleg jogkövetkezményei szempontjából nem játszik szerepet, hogy a vállalkozások milyen társasági jogi formában működnek, milyen formátumúak.

Még pontosabb képet kaphatunk a konszern képződményről, ha annak lényegi ismérveit külön tekintjük át:

A. A konszern egy vállalkozások *közötti kapcsolat*. E kapcsolat *jogi eszközöként* a következő megoldási lehetőségek jöhetnek figyelembe:

a) Egy vállalkozás meghatározó részesedése egy másik társaságban, ami azt jelenti, hogy a döntő befolyásnak a függő társaság igazgatóságában való érvényesülése miatt biztosított az uralkodó pozícióban lévő vállalkozás számára az irányítás. Ebben az esetben arról lehet beszélni, hogy valamely vállalkozás egy másik vállalkozás uralkodó befolyása szerint működik, ami által megvalósul a függőség tényállása. (Jogilag stabil csak akkor lehet egy ilyen függőségi kapcsolat, ha az uralkodó társaság részesedése legalább az egyszerű szavazati többséget garantálja.)

b) A vállalkozások közötti tartós kapcsolat megvalósulhat különleges szerződések által is, amely szerződések között a „Beherrschungsvertrag” játssza a döntő szerepet.

⁹ § 18 konszern és konszernvállalat.

(1) A konszern egy uralkodó és egy vagy több az uralkodó vállalat egységes irányítása alatt lévő vállalkozás egysége, az egyes vállalkozások a konszernvállalkozások. Vállalkozások, melyek között „uralmi szerződés” (§ 291) áll fenn, vagy amelyeknél egyik a másikba illeszkedik be (§ 315) egy egységes vezetés alatt összegződnek. A függő vállalkozásból lehet látni, hogy az uralkodó vállalkozással egy konszernt képez.

(2) Vannak jogilag önálló olyan vállalkozások – anélkül hogy az egyes vállalkozások másik vállalkozástól függőnek –, amelyek ugyancsak egységes vezetés alatt összegződve konszernt képeznek, az egyes vállalkozások a konszernvállalkozások

¹⁰ EMMERICH-SONNENSCHN: *Konzernrecht*, 2. Aufl. 1977., 59. p.

c) Egy különleges formáját jelenti a tartós szövetkezésnek az úgynevezett „Eingliederung”. Ez a forma csak akkor lehetséges, ha a konszernbe beilleszkedő társaság részvényeinek legalább 95 %-a az uralkodó társaság kezében van.

B. Nagyon fontos konszernjogi ismért, hogy az egységes vezetés alá beilleszkedő vállalkozások *jogilag* továbbra is *önállóak* maradnak.

C. A konszern harmadik kritériuma az „egyesített” vállalkozások feletti *egységes vezetés*.

2. Konszernjogi tényállások

A német konszernjogi szabályozás sajátosságát annak részleges kodifikátlansága jelenti. A jogalkotó csakis és kizárólag a részvénytársasági konszern szabályait alkotta meg, a GmbH konszernalakzata analógiát feltételez, ami azonban a joggyakorlatban nem zajlik minden esetben probléma- és hézagmentesen.

Az egymással összefüggésben lévő konszernjogi definíciók eddig egyedül az AktG §§ 15–22, és a §§ 291–328-ban találhatók. Miközben a §§ 291–328 csak abban az esetben alkalmazható, amennyiben a vállalatok közötti kapcsolat „Aktiengesellschaft”-t (részvénytársaságot), vagy „Kommanditgesellschaft”-ot (betéti társaságot) érint, addig a §§ 15–22-ig megjelölt rendelkezések a német konszernjog „általános részét” képezik.¹¹

A következőkben megjelölt definíciók a német általános részi *konszernjogi alapfogalmak*:

A. Többségi részesedés: Ha valamely jogilag önálló vállalkozás egy másik vállalkozásban a részesedés, vagy a szavazati jog többségét megszerzi.

B. Függő és uralkodó vállalkozás a kapcsolt vállalkozás. Tényállás: Ha az uralkodó vállalkozás közvetlen, vagy közvetett módon uralkodó befolyást gyakorol a *függő vállalkozás felett*.

C. Konszernvállalkozások: a konszern egyedi vállalkozásai, a kapcsolt vállalkozások.

Ez utóbbi definíció szerint akkor beszélhetünk konszernről, ha

a) egy többségi függésben lévő vállalkozást az uralkodó vállalkozás egy egységes vezetés alatt egyesít, egységesít,

b) egy jogilag önálló vállalkozás egy másik független vállalkozást egységes vezetés alatt egyesít.

E megközelítésben a konszern a következő elnevezéseket kapja:

a) „Unterordnungskonzern”,

b) „Gleichordnungskonzern”.

ad a) Az „Unterordnungskonzern” résztvevői az uralkodó, valamint a függő vállalkozás, melyek egységes vezetés alatt állnak. Ez az egységes vezetés az ami megkülönbözteti a puszta függőségi tényállástól. Ez a konszern forma a jogszabály szerinti valamennyi esetben megvalósul, ha egy „Beherrschungsvertrag”-ról, vagy egy a § 319

¹¹ Legnagyobb részletességgel csak a részvénytársaságok közötti részesedés került kodifikálásra függő társaságként és a konszernjogi számadás.

AktG szerinti konszernbe való integrálódásról van szó, és a § 18 I 3 AktG szerint feltehető, ha a függőségi tényállás teljesült. A jogszabály (§§ 17, 18 AktG) csak egy uralkodó vállalatról beszél.¹² A törvényhozó úgy képzelte el az alárendeltségi konszern, mint egy „felső” egy „alsó” társaság, vagy több „alsó” társaság felett egységes vezetés által gyakorolt meghatározó befolyást. A törvényhozói szándék szerint lehetséges, hogy több uralkodó vállalat vegyen részt a konszernben azzal a feltétellel, hogy csak egyetlen egységes vezetés létezik.

A törvényben különösképpen nem kerül említésre, de a gyakorlatban nem ritka a többlépcsős „Unterordnungskonzern”, aminél nem csak az anyavállalkozás és annak lányvállalkozásai, hanem a „nagy szülők” stb. is léteznek. A BAGE 22, 390=AP Nr 20 zu § 76 BetrVG 1952-ben jelenik meg határozott irányelvként, hogy „A függőségi konszern szabályait akkor is alkalmazni kell, ha az uralkodó vállalat nem közvetlenül az alárendelt vállalat részvényitőkéjében részesedik, hanem közvetve olyan leányvállalata által, amelynek a részvényeit túlnyomórészt birtokolja.”

ad b) A „Gleichordnungskonzern” olyan konszern, amely tagjai nem csak jogilag önállóak, hanem egymástól sem függenek, ugyanakkor egységes vezetés alatt egyesülnek. Az eszköz, amivel ez az egységes vezetés megvalósítható, elég sokféle lehet: az ügyintéző szerv személyi uniója, vagy a résztvevő társaságok közötti kötelmi jogi szerződés. Az utolsóként említett esetben általában egy polgári jogi belső társaságról „Innengesellschaft”-ról van szó, ami egy úgynevezett: „Interessengemeinschaft” (Ezt az utóbbit a szótár koordinációs konszernként jelöli).

3. A konszern formái

A konszern kép világosabb és életszerűbb, ha annak különböző formáit közelebbről tekintjük:

A. A felépítés gazdasági szemlélete szerint a felosztás előterében a *vertikális* és a *horizontális konszern* áll.¹³

a) Vertikális konszern alatt az egymásra épülő gazdasági- vagy termelési lépcsőfokokat megvalósító vállalkozások egyesítése értendő.

b) Horizontális konszern ugyanolyan termelési, vagy gazdasági lépcsőket egyesítő vállalkozás. Az ilyen típusú konszern előfordulási esete jóval gyakoribb, így előfordulási területei megtalálhatóak az autógyártásban (pl. General Motors, Daimler-Benz), a biztosítási szakágban (pl. Allianz biztosítási csoport), a bank ágazatban stb.

c) Mindkét forma természetesen kevert formában is megvalósulhat.

B. További megkülönböztetési módot jelent az „Unterordnungs- és a Gleichordnungs” konszern közti megkülönböztetés.

¹² § 17 II AktG: Ha valamely vállalkozás egy másik vállalkozás többségi tulajdonában áll ez a kapcsolat függőségi viszonyt feltételez. Ez alapján a tényállás alapján több függő vállalkozás lehet, de nem lehet több uralkodó vállalkozás. Ez azonban a gyakorlatban mégsem valósul meg maradéktalanul. Egy vállalkozás képes kettő, vagy több vállalkozást is az akaratától függővé tenni, akár szerződés, akár megállapodás alapján érvényre tudja juttatni üzleti akaratát.

¹³ A gazdasági szemlélethez DR. KRÄHE: *Konzernorganisation des Arbeitskreises der Schmalenbach-Gesellschaft*, 1952.

a) Az „Unterordnungskonzern”-nél a befolyás lehetősége annál a társaságnál van, amely a másik társaságot uralja. Ez különösképp akkor valósul meg, amikor egyik társaság a másik felett többségi részesedéssel rendelkezik a társaság részvényeinek felvásárlása által. Az „Unterordnungskonzern” tehát függőségi viszonyt jelöl.

b) A „Gleichordnungskonzern” esetében nem beszélhetünk hatalmi túlerőről. Az ilyen konszernnek gyakorlatilag csak az önkéntes szerződéses alap szerint jönnek létre. A „Gleichordnungskonzern” társasági jogilag általában kevésbé jelentős. E konszernformánál nem lépnek fel a hitelezőket és a részvényeseket fenyegető olyan veszélyek, amelyek az uralomból eredően egy másik társaság által kerülnek megvalósításra.

C. A konszernforma megjelölésének további lehetséges módját jelenti, ha azt az egységesítés jogi eszköze szerint próbáljuk meg. E csoportosítás segítségével két fontos forma kerül előtérbe: a *szerződéses konszern* („Vertragskonzern”) és a *faktikus konszern*.¹⁴

a) *Faktikus konszernről* akkor beszélhetünk, ha a vállalatok közötti kapcsolat az egyik vállalkozás másik vállalkozásban gyakorolt társasági jogi részesedésén nyugszik. (pl. ha egy AG 40, 50, 60, 80, vagy 100 %-os részesedéssel rendelkezik egy másik AG-ben, vagy egy GmbH-ban) A jogirodalomban a két társaságot a következő jelzőkkel illetik: Anyatársaság „Muttergesellschaft” – lánytársaság „Tochtergesellschaft”, „felső társaság” „Obergesellschaft” – „alsó társaság” „Untergesellschaft”, uralkodó társaság függő társaság.

A faktikus konszernen belül további különbség tehető az *egyszerű faktikus* és a *kvalifikált, minősített faktikus konszern* között. A különbségtétel alapja a két faktikus konszern eltérő felelősségi szabályainak megléte.

b) *Szerződéses konszern.* Konszernjogi kapcsolatot létrehozó szerződésként elsősorban az „*Interessengemeinschaftsvertrag*” és a „*Beherrschungsvertrag*” jön figyelembe.

ba) Az „*Interessengemeinschaftsvertrag*” esetén a két társaság együtt áll egy egységes vezetés alatt, anélkül hogy az egyik társaság a másik társasággal szemben függőségi viszonyban állna. Az ilyen szerződés által keletkezik a „*Gleichordnungskonzern*”.

bb) „*Beherrschungsvertrag*”-ról akkor beszélhetünk, ha az egyik társaság a másik társaság irányítása által, aszerint működik.

A gyakorlatban a „*Beherrschungsvertrag*” gyakorta összekapcsolódik egy „*Gewinnabführungsvertrag*”-gal, ami azt jelenti, hogy olyan szerződéssel, ami által az uralt társaság köteles az összes nyereségét az uralkodó társaságra átvezetni.

III. Részvénytársasági konszernjog

I. Részvénytársasági szerződéses konszernjog – „*Unternehmensvertrag*” („Vállalkozások közötti szerződés”) a részvénytársasági konszernjogban

A konszernjog nagy részben még kodifikálatlan. A részvénytársaságra, mint függő társaságra vonatkozó rendelkezések a §§ 291 ff. AktG-ben kerültek szabályozásra.

¹⁴ A korábbi jogirodalom és joggyakorlat a „*Beteiligungskonzern*” „részesedési konszern” kifejezést alkalmazta, így többek között Prof. Dr. WOLFGANG ZÖLLNER: *Einführung in das Konzernrecht*, Juristische Schulung 1968. július, 301. p.

Ezek a szabályok az úgynevezett „Unternehmensvertrag”-gal („vállalatok közötti szerződés”) kezdődnek.

A §§ 291 és 292 AktG szerint vállalkozások közötti szerződés a

- „Beherrschungsvertrag” („uralkodói pozíciót biztosító szerződés”),
- „Gewinnabführungsvertrag” („nyereség elvonását biztosító szerződés”),
- „Gewinngemeinschaftsvertrag” („nyereségközösséget létrehozó szerződés”),
- „Teilgewinnabführungsvertrag” („részleges nyereség elvonást biztosító szerződés”),
- „Betriebspachtvertrag” vagy „Betriebsüberlassungsvertrag” („üzemi haszonbérleti szerződés” vagy „üzemi árú átengedési szerződés”).

Ezek a szerződések többek, mint pusztán kötelmi jogi szerződések, éppen ezért azokat a jogirodalom gyakran „szervezési szerződés”-nek „Organisationsverträge”-nak minősíti.¹⁵

Az „Unternehmensverträge”-k közül továbbiakban a két legjelentősebb kerül alaposabban bemutatásra, a „Beherrschungsvertrag” és a „Gewinnabführungsvertrag”.

„Beherrschungsvertrag”

A „Beherrschungsvertrag” egy „Unternehmensvertrag” „vállalkozások közötti szerződés”, ami által az AktG törvényi szabályozása szerint egy részvénytársaság, vagy egy betéti részvénytársaság annak vezetését egy másik társaságnak rendeli alá. A fentiek szerint ugyanakkor a „Beherrschungsvertrag” egy „Organisationsvertrag” is. Eszerint ez a szerződés szerződéses konszernt hoz létre, és az uralkodó vállalkozást felhatalmazza a függő vállalat vezető tisztségviselőjének szóló utasítások adására. Ezáltal jön létre, illetve legitimálódik a *kvalifikált függőség*.

1. Utasítás-adási jog

A fentiek szerint az uralkodó társaság számára a „Beherrschungsvertrag” a függő társaságra vonatkozó utasítás adási jogot teremt. Az utasítás adási jog első körlátját képezi többek között, hogy meghatározott személyek felügyelő-bizottságba való választásánál az nem gyakorolható. Hasonló alapok miatt azok az utasítások, amelyek a függő társaság alapszabályának ellent mondanak úgyszintén meg nem engedettek. Ehhez először a társaság alapszabályát kellene módosítani. Mindebből az következik, hogy általánosságban a jogellenes utasítást nem lehet teljesíteni.

2. Szerződéskötés

Éppen azért, mert jogszabály által az utasítás adási jog annyira körülhatárolt, az AktG néhány kiegészítő szabályt rendel a szerződés megkötése esetére. A jogszabály szerint a közgyűlés beleegyezése szükséges a szerződéshez, aminél a képviselt alaptőke 3/4-es többsége szükségeltetik. Amennyiben az uralkodó pozícióban lévő társaság részvénytársaság, vagy betéti részvénytársaság, úgy annak közgyűlésének hozzájárulása is szük-

¹⁵ Ez a megjelölés WÜRDINGER: DB 1958, 1447. alapján kerül alkalmazásra.

séges. Az uralkodó társaságnak mindenesetre részvénytársaságnak (vagy betéti részvénytársaságnak) kell lennie, így ennek a társaságnak a közgyűlését is harmonizálni kell.

A szerződést írásbeli formában lehet foganatosítani és a cégjegyzékbe be kell vezetni.

A szerződéskötés hibája nem a szerződés felszámolásához vezet, hanem foganatosításra kerül, mivel egy ilyen felszámolás aligha lehetne véghezvihető.

3. A függő társaság vagyonának átvétele

Az uralkodó társaság utasításai a függő társaság vagyonának megcsonkításához vezethetnek. A társaság vagyonának ez a veszélyeztetése a függő társaság hitelezői és részvényesei számára egyaránt hátrányt jelentenek.

A § 300 Nr. 3 AktG szerint egy bizonyos mértéket a § 150 Abs. 2 AktG szerinti törvényi tartalékba kell elhelyezni. Ezáltal biztosított a hitelezők és részvényesek kielégítése arra az esetre is, ha a függő társaság semmilyen nyereséget nem termel.

4. Kártérítési igény

Ha az uralkodó társaság túllépi utasítás adási jogát, akkor szerződéses partnerként a szerződésből eredően kártérítésre kötelezhető. Ehhez kapcsolódik továbbá a § 309 Abs. 1 AktG szerint még az uralkodó társaság törvényes képviselője személyes felelőssége is. A társaságnak ez az igénye a függő társaság részvényeseinek és hitelezői által érvényesíthető (§ 309 Abs. 4 AktG). E körülmények között a függő társaság felügyelő bizottságával és vezetőségével szembeni igény adott, ami mindenesetre a hitelezők és a részvényesek által érvényesíthető (§ 310 Abs. 1, Abs. 4 AktG).

A „Gewinnabführungsvertrag”

A „Gewinnabführungsvertrag” által kötelezhető egy részvénytársaság a teljes nyereségének egy másik vállalkozásba történő átvzetésére (§ 291 Abs. 1 Satz 1 AktG). Ez a nyereség a kereskedelmi jogi mérleg előírások szerint megállapított.

A „Gewinnabführungsvertrag” megkötésére ugyanazok a jogszabályi előírások az irányadók, mint a „Beherrschungsvertrag”-ra (A jogszabályi előírás valamennyi „Unternehmensvertrag”-ra egyaránt irányadó). Úgyszintén a törvényi tartalékra vonatkozó rendelkezések is hasonlóan kerülnek megvalósításra miként a „Beherrschungsvertrag”-nál.

Az „Unternehmensvertrag” módosítása és megszüntetése, megszűnése

Az „Unternehmensvertrag” módosítása feltételezi a közgyűlés és a szerződéssel érintett részvényesek hozzájárulását is.

A szerződés annak hatályon kívül helyezése (§ 296 AktG), vagy felmondása (§ 297 AktG) alapján szüntethető meg. A szerződéses szabadság alapján a felmondás előfeltételei és következményei az „Unternehmensvertrag”-ban szabályozásra kerülhetnek. A

szerződés organizációs jogi karakterének megfelelően csak jövőre nézve helyezhető hatályon kívül (§ 296 I 2).

A törvény nem kívánja meg az „Unternehmensvertrag” hatályon kívül helyezése során a közgyűlés hozzájárulását. A jogalkotói gondolat szerint az „Unternehmensvertrag” által érintett társaság a szerződés hatályon kívül helyezését követően csak annak létrejöttét megelőző korábbi törvényi státuszához térhet vissza.¹⁶

IV. Faktikus részvénytársasági konszern

Egy uralkodó pozícióban lévő vállalkozás függő pozícióban lévő vállalkozásra vonatkozó befolyása „Beherrschungsvertrag” nélkül is megvalósulhat. A törvényalkotó a § 311 AktG-től kezdődően azt az esetet szabályozza, amikor a függő társaság részvénytársaság. A kodifikált konszernjognak ez a része jogpolitikailag többnyire vitatott maradt.¹⁷

1. A jogszabályi szabályozási modellje

A kodifikált jogszabályi rendelkezések akkor kerülnek alkalmazásra, ha egy uralkodó vállalkozás egy függő részvénytársaságot (vagy betéti részvénytársaságot) arra indít, hogy hátrányos intézkedéseket hozzon meg anélkül, hogy közöttük „Beherrschungsvertrag” létezne. Az ösztönzés kifejezése tágan értendő. A kialakult joggyakorlat szerint ez az „indíttatás” akkor is megvalósultnak tekinthető, ha az uralkodó társaság pusztán tanácsot ad, vagy kívánságát nyilvánítja ki.

a) A részvénytársasági jogi szabályozás három alapra épül fel:

– A § 311 AktG alapján az uralkodó vállalat a befolyását nem használhatja fel arra, hogy a függő részvénytársaságot, vagy betéti részvénytársaságot hátrányos jogi ügyletre, intézkedésre indítsa, ösztönözzön, ennek a követelménynek akkor is meg kell valósulnia, ha ez a hátrány az üzleti év végéig kiegyenlítésre kerül.

– A §§ 312–316 AktG szerint az év zárásával a függőségi terület ellenőrizhető, felülvizsgálható.

– A §§ 317 f AktG szerint mind az uralkodó vállalkozás, mind annak szervezete, valamint a függő vállalkozás szervezete is egyaránt kártérítésre kötelezhető, ha az

¹⁶ KOPFF: *Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern*, Festschrift Kastner, Wien, 1992. 385. p.

¹⁷ A részvénytársasági faktikus konszernjog szabályozási koncepciója ma mind a joggyakorlatban, mind a részvénytársasági konszernjogi irodalomban általános kritika alatt áll. A különböző szerzők kritikái éllel jegyzik meg többször, hogy a törvényalkotó a részvénytársasági konszernjogot nemzetközi lépték szerint alkotta meg annak idején 1965-ben és nem a külföldi, valamint történeti mintákhoz nyúlt vissza. A kritikát még inkább annak objektív megállapítása jelzi, hogy „a törvényben megjelölt nem szerződéses függőség problémáját csak részben lehet megérteni.” Idézet: Dr. iur. KARSTEN SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, 3. átdolgozott kiadás, Carl Heymanns Verlag KG. § 31 IV. Ez a kritikai élv megfogalmazás többek között a következő szerzők műveiben lelhető fel: MESTMÄCKER: *Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz*, Festschrift Kronstein, 1967. 129. p.; WÜRDINGER: *Vorschläge de lege ferenda: Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission*, 1982., 1379 RANDNUMMER; GEBLER: *Faktische Konzern?*, Festgabe Kunze, 1969., 159. p.

intézkedését, illetőleg a hátrányok létrehozását az uralkodó társaság annak kiegyenlítése nélkül valószínűsította meg.

b) A faktikus függőség egyfajta állapotként értékelendő. A törvény abból indul ki, hogy a függőség tényleges alapokon nyugszik. Ezzel, és magának a részvénytársasági faktikus konszernjognak a megvalósulásával kapcsolatosan a jogirodalomban vitatott, hogy vajon a jogszabály az uralkodó vállalkozás által megvalósított hátrányos befolyást annak kiegyenlítése ellenében megengedi, vagy vajon ez a befolyás tilos és a hátrányok kiegyenlítése e tilalom megszegése esetére rendelt szankcióként jelentkezik.¹⁸

A jogirodalom szerint a törvény a hátrányos intézkedéseket jogszerűnek tekinti, azonban csakis és kizárólag akkor engedhető meg ez a hátrányos befolyásgyakorlás, ha az uralkodó vállalkozás ezeket a hátrányos következményeket később kiegyenlíti. Ennek legkésőbb az üzleti év végéig kell megvalósulnia (§ 311 Abs. 2 Satz 1 AktG).

Ennek a jogi megoldásnak a törvényi alapja mindenesetre nem mindenhol tiszta. Kropff¹⁹ egyik oldalról azt mondja, hogy „a befolyás gyakorlásnak megengedhetőnek kell lennie, ha a hátrány kiegyenlítődik”, másik oldalról pedig „a hátrányos utasítás tilalmáról” beszél. E felfogás szerint „a törvényi meghatározás azt jelenti, hogy a hátrány kiegyenlítése éppen olyan, mint egy szankció, vagyis szankció megállapítása egy meg nem engedhető befolyás gyakorlása esetére.”²⁰ Más szerző véleménye szerint a jogalkotói akarat e megállapításnak felel meg.²¹ Összességében megállapítható, hogy „a hátrány kiegyenlítése az az ár, amivel az uralkodói pozícióban lévő vállalatnak az utasítása meg nem engedettségét kell megvásárolnia.”²²

A jogirodalomnak a hátrányos intézkedések megengedhetőségének elfogadását valló felfogása jogilag azt a helyzetet eredményezheti, hogy míg az uralkodó társaság hátrányos befolyása, utasítása a részvénytársaság általános alapszabálya szerint meg nem engedhető, a § 311 AktG felvetése alapján viszont megengedett lenne.

A részvénytársaságok jogában a faktikus konszernt nem szabad olyan mereven érteni és értelmezni, mint a szerződéses konszernt. A jogszabály által legalizált részvénytársaság feletti faktikus konszern csakis egy laza, nem teljesen egészen centralizált vezetést enged az uralkodó társaságnak.²³ Az így lazított konszern uralom, „addig ameddig az uralkodó társaság a hátrány kiegyenlítésére nem vállal kötelezettséget, a részvényesek beleegyezése nélkül is gyakorolható az érdekelt társaságban.”²⁴

c) A § 312 AktG által megállapított „függőségi terület” a faktikus konszern kapcsolatoknak jobb átláthatóságát célozza. A § 312 I AktG értelmében a faktikusan függő társaság igazgatójának, vezető tisztségviselőjének minden üzleti év első három hónap-

¹⁸ A tilalmi felfogást látja megvalósultnak: WÜRDINGER: *Großkommentar AktG*, 3. Aufl., § 311 Rndnm. 5; Ezzel a kérdéssel foglalkozik továbbá: MESTMÄCKER: *Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz*, Festschrift Kronstein, 1967. 129. p.; BÄLZ: *Festschrift Ludwig Raiser*, 1974, 287. p.

¹⁹ KROPFF: *Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern*, in: Festschrift Kastner, Wien 1992, 407 ff p.

²⁰ KROPFF: uo.

²¹ A tilalommal szembeni álláspontot képviseli többek között: Luchterhand: ZHR 133 (1970) 11 ff.

²² Dr. iur. KARSTEN SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, 3. átdolgozott kiadás, Carl Heymanns Verlag KG. § 31 IV. 81. p.

²³ Erre az álláspontra helyezkedik többek között: SONNENSCHNEIN-nek ZGR 1981, 434; KROPFF ZGR 1984, 117 f.

²⁴ HOMMELHOFF: *Die Konzernleitungspflicht*, 1982. 400. p.

jában a kapcsolt vállalkozáshoz való kapcsolat területéről jelentést, beszámolót kell készítenie, és a § 312 III AktG szerint abban a hátrányos intézkedéseket is közölni kell.

Mindezekből következően a részvénytársasági faktikus konszern alapvető rendelkezései a törvényi előírások szerint:

a) A § 311 AktG-ben megjelölt határok által az uralkodó társaság a faktikus konszernben is jogszerű vezetést gyakorolhat az alárendelt, függő társaság felett anélkül, hogy vállalkozások közötti szerződés, vagy a részvényesek beleegyezése, hozzájárulása lenne szükséges vezetés-gyakorlásának legalizálásához. Az uralkodó társaság intézkedései ennek következtében jogszerűek és az alárendelt társaság vezetése számára kötelezőek.

b) Figyelemmel a befolyás korlátaira a §§ 311, 317 f AktG alapján az intézkedések három fajtája között tehető különbség:

- Azok a rendelkezések, amelyek a § 311 AktG szerint a hátrány kiegyenlítése által indokoltak;

- Azok a rendelkezések, amelyek a hátrányok kiegyenlítése hiányában nem indokoltak és ezért a §§ 317 f AktG szerint kártérítési következményeket vonnak maguk után;

- Azok a rendelkezések, amelyek már természetük, jellegük folytán nem legalizálhatóak és így a §§ 317 f. AktG analógiájára kártérítési következményeket eredményeznek.

2. Kártérítési igény

A „Beherrschungsvertrag” fennállásának esetéhez hasonlatosan ez a törvényi kiegyenlítési igény az uralkodó társaság és annak törvényes képviselőjével szemben érvényesíthető kártérítési igénnyel van kiegészítve. A § 317 Abs. 1, Abs. 3 AktG szerint ez a kártérítési igény akkor érvényesíthető, ha a hátrány kiegyenlítése nem valósul meg.

A § 318 Abs. 1 AktG a függő társaság igazgatóságának kártérítési kötelezettségét állapítja meg abban az esetben, amikor az a § 312 AktG szerinti bejelentési kötelezettségét nem rendeltetésszerűen teljesíti. Úgyszintén a felügyelő bizottság is felelősséggel tartozik jogszabályban pontosan megjelölt körülmények között (§ 318 Abs. 2 AktG). Valamennyi igényt a függő társaság hitelezői, illetve részvényesei érvényesíthetik (§ 317 Abs. 4, 318 Abs. 4, 309 Abs. 3–5 AktG). Továbbiakban nem mutatható ki különbség a „Beherrschungsvertrag”-nál megjelölt kártérítési igény megállapításaitól.

3. A kvalifikált faktikus részvénytársasági konszern tilalma

A „kvalifikált” faktikus konszern a részvénytársasági jogi gyakorlatban nem játszik olyan szerepet, mint a függő GmbH jogában. A jogszabály a kvalifikált faktikus konszernjog számára azt definiálja, hogy „a függő vállalat egyéni érdeke az uralkodó vállalat által tartósan gyakorolt befolyás következtében éppen olyan tartósan csökken, mint ha uralkodói szerződés alapján került volna sor rá.”²⁵

²⁵ Grundlegend Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, 1975, 59. p.

E problémakörbe tartozó jogesetek szerint a kvalifikált faktikus konszern megvalósításához a konszern uralomnak a § 17 AktG-ben írt tényállásból megállapítva kell kiindulnia figyelemmel arra, hogy az alárendeltség intenzitása, az uralkodó társaságnak az alárendelt társaságban megvalósuló egyedi befolyása következtében az esetlegesen „hátrányos” intézkedések már nem határolhatók el élesen.²⁶

A kvalifikált függőség szemléletét tükröző konstrukciók joggyakorlatban megvalósult tapasztalata szerint az uralkodó társaság a függő társaságot mintegy „vállalati részlegeként” vezeti. A jogirodalomban uralkodó felfogás szerint ez a konstrukció a részvénytársaság jogában a § 76 I AktG-vel össze nem egyeztethető, és egy „Beherrschungsvertrag” megkötése nélkül meg nem engedhető.²⁷

A kvalifikált faktikus részvénytársasági konszern előfeltételeinek megállapításakor két körülményre kell figyelemmel lenni: Egyrészt a „befolyás § 76 AktG-re orientálódó intenzitására”, másrészt arra, hogy „nem az egyedi vezetési forma kell, hogy konszern-jogilag méltányolható, értékelhető legyen, hanem a kvalifikált függőség egy állapotát kell vázolnia”.²⁸

A joggyakorlat több megoldási lehetőséget dolgozott ki a kvalifikált faktikus konszernből adódó fokozott veszélyek elkerülése érdekében:²⁹

- A függő részvénytársaságnak van egy úgynevezett „veszteség átvételi igénye” („Verlustübernahmeanspruch”) a § 302 AktG analógiájára az uralkodó társasággal szemben, e szerint annak vezető szerve által kártalanítható, ha az egy önhatalmú, önkényes kvalifikált uralomhoz vezette. A szervezetnek ez a kártérítési kötelezettsége a legjobb preventív eszköze az ilyenforma függőségi kapcsolatok létrejövetelével szemben.

- Ugyanakkor az alárendelt társaság vezető szerve, igazgatósága is cselekedhet jogellenesen és így kártérítésre kötelezhető, ha a társaságot egy kvalifikált faktikus függőségbe vezeti.

- A fentiekben megjelöltekhez járul továbbá a részvényesek „elhárítási” igénye. A részvényesek társaságuk kvalifikált faktikus meghódítását meg tudják akadályozni a társasággal szembeni per által, amely az igazgatóság által képviselve vihető végig.

Konszernjogi számadás

A konszernjogi számadás pozitív joga

1985-ig a konszernjogi számadás csak az Aktiengesetz-ben került szabályozásra. A Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985. óta a konszernjogi elszámolás joga az Aktiengesetz-ből a Handelsgesetzbuch-ba átvételre került: Ha a vállalkozások a konszernben egy tőketársaság (Kapitalgesellschaft) egységes vezetése alatt belföldi székhellyel működnek és ehhez az anya vállalatához tartozik egy tartós, vállalkozások kö-

²⁶ NJW 1989, 1800, 1801 f; BGHZ 122, 123, 127.

²⁷ DEILMANN: *Die Entstehung des qualifizierten faktischen Aktienkonzerns*, DB 1992. 123 p; SEYDEL: *Konzernbindungskontrolle bei der AG*, 1995. 332 és 347. p; valamint OLG Hamburg NJW 1987, 1030;

²⁸ Dr. iur. KARSTEN SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, 3. átdolgozott kiadás, Carl Heymanns Verlag KG. § 31 V.

²⁹ uo. E feltevés vonatkozásában szkeptikus véleményt képvisel: HOFFMANN-BECKING: *Der qualifizierte faktische AG-Konzern: Tatbestand und Abwehransprüche* kiadó: Ulmer, Probleme des Konzernrechts, 1989. 84.p.

zötti kapcsolatra, vagy másik (leány)vállalat(ok)ra irányuló érdekeltség, úgy az anyavállalat törvényes képviselője köteles évente egy „Konzernabschluss”-t és egy konszern állapot jelentést elhelyezni (§ 290 I HGB). A „Konzernabschluss” az anyavállalatra és valamennyi leányvállalatra egyaránt vonatkozik (§ 294 HGB). A „Konzernabschluss” a következőkből áll: konszern mérleg, konszern nyereség és veszteség-számítás, konszern toldalék, függelék. (Ezek szoros egységet képeznek.) (§ 297 I HGB). A „Konzernabschluss”-ban az anyavállalat „Jahresabschluss”-a a leányvállalat „Jahresabschluss”-val került egyeztetésre. A konszern toldalék – „Konzernanhang” – kötelező bevallások, adatok egész sorát tartalmazza, amelyek a konszernmérleg és a konszern nyereség, veszteség számításait magyarázzák.

IV. GmbH konszernjog

A. „Unternehmensvertrag” a GmbH konszernjogban

GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Korlátolt felelősségű társaság) is lehet függő társaságként egy „Unternehmensvertrag” szerződő partnere. Az AktG-ben megjelölt rendelkezések kerülnek alkalmazásra többnyire nem direkt módon a szerződéses GmbH konszern esetében. A GmbH-ra vonatkozó szerződéses rendelkezések többnyire hiányosnak tekinthetők, s azok kimunkálása a mindenkori joggyakorlatra hárul.

Egy GmbH egy másik vállalkozással „Beherrschungsvertrag”-ot és „Gewinnabführungsvertrag”-ot tud kötni.

Az „Unternehmensvertrag” alakszerűsége tekintetében a jogalkotó nem jelölt meg forma kényszert. A gyakorlatban azonban minden esetben e szerződéseket írásbeli formában létesítik. A szerződés megkötése során a GmbH a vezető tisztségviselő által képviselve vesz részt. Vitathatatlan, hogy a szerződés csak akkor lesz érvényes, ha a társaság közgyűlése ahhoz hozzájárul. Ehhez 3/4-es többség szükséges.

A szerződés tartalma

A szerződés lényegét „Beherrschungsvertrag” esetén a GmbH meghatározó pozícióban lévő vállalkozás általi vezetése, míg a „Gewinnabführungsvertrag” esetében pedig a GmbH bevétele átvitelének kötelezettsége jelenti. A § 302 AktG analógiájára mindkét esetben az éves hiány átvételét a szerződésben meg kell állapítani.³⁰ Általában emiatt „nem tisztán „Beherrschungsvertrag”-ot, vagy „Gewinnabführungsvertrag”-ot kötnek a felek, hanem egy „Beherrschungs-” és „Ergebnisabführungsvertrag”-ot”, vagyis a felek azáltal próbálják a közöttük megkötött szerződés lényeges tartalmát visszaadni, hogy szerződésüket „nyereség átvitelét biztosító szerződés” helyett „eredmény átvitelét biztosító szerződés”-ként nevesítik.³¹

Az „Unternehmensvertrag” a következő tartalommal bírhat:³²

³⁰ EMMERICH-SONNENSCHN: *Konzernrecht*, § 25 IV 10 és V 3.

³¹ EMMERICH-SONNENSCHN: *Konzernrecht*, § 25 V 3.

³² A példa fellelhetőségi helye: HOFFMANN-BECKING: *Münchener Vertragshandbuch* I, 4. Aufl. 1996., IX.

- „Beherrschungs- és Ergebnisabführungsvertrag’ egy AG és egy GmbH között
- 1 § A GmbH az AG vezetése alá kerül. Az AG utasítás adási joggal rendelkezik a GmbH vezető tisztségviselőjével szemben.
 - 2 § A GmbH kötelezi magát arra, hogy a kereskedelmi jogi előírások által keletkezett nyereségét az AG-be átvezeti.
 - 3 § Az AG a GmbH valamennyi, a szerződés tartama alatt keletkező éves hiányát ki kell egyenlítenie. Ezt a § 302 AktG szabályozása biztosítja.
 - 4 § Az AG kötelezi magát a szerződés teljes tartamára, hogy a 'kivülálló' részvényesek számára összegű éves kiegyenlítést megfizet.
 - 5 § Az AG kötelezi magát, hogy a GmbH kívülálló társasági tagja igényének megfelelően annak üzlet részét készpénzfizetés ellenébenösszegetől, összegig terjedő mértékben megvásárolja.
 - 6 § Ez a szerződés napján lép hatályba és napján szűnik meg.”

B. Faktikus GmbH konszern

1. Bevezetés

A GmbH-konszern, vagyis a függő GmbH-k közötti részesedés elsősorban faktikus konszernt jelent. A „Beherrschungsvertrag” a GmbH gyakorlatban bár kétségtelenül előfordul, ugyanakkor viszonylagosnak tekinthető. Ez magyarázza közvetlenül a jelentős érdeklődést, ami a faktikus GmbH konszern tárgyalásában jelentkezik a tudományban és a joggyakorlatban. Ennek természetesen elkerülhetetlen következménye, hogy mérhetetlen mennyiségű szakirodalom áll rendelkezésre e témakörben, ami egyre nehezebbé teszi e kérdéskör átláthatóságát.

A konszernjog rendszertana általánosságban és a GmbH konszernjog rendszertana jogilag tökéletlen. A mindennapi gyakorlat a GmbH konszernjog alatt csak a függő GmbH-kat érti, a konszernjog képben erőteljesen a részvénytársaság dominál, valamint szokásosan a szerződéses konszern és a faktikus konszern között tesz különbséget.

A német konszernjog egyáltalán nem a konszernnel kezdődik, éppen ezért nem engedhető meg, hogy egy vállalatcsoport szerződéses, míg egy másik vállalatcsoport faktikusként kerüljön besorolásra. *A konszernjog mindig többet foglalkozik az egyes kapcsolt vállalkozások egymáshoz való viszonyával.*³³

A faktikus konszern GmbH praxisban való elterjedésének a körülmények egész sora kedvezett. Kiemelendő mindenekelőtt az a körülmény, hogy a GmbH-nál – legalábbis első pillantásra - a többségi uralom totális. Aki a társaság gyűlésén a szavazati jog többségével rendelkezik, az mindenek előtt vezető tisztségviselőt állíthat és hívhat vissza, annak a társaság vezetését illető valamennyi kérdésben utasítást adhat.

³³ Így tud egy A vállalat egyidejűleg szerződéses függőségben lenni egy B vállalkozástól, maga is egy másik leányvállalkozást, C vállalkozást faktikusan irányítani és egyidejűleg egyenrangú kapcsolatban állni D vállalkozással, amely a maga részéről ismét uralkodó E vállalkozással áll szerződéses vagy faktikus függőségben.

a) Veszélyek

A korlátlan többségi uralomból adódó veszélyek a társaság tagjait, hitelezőit különböző okok miatt még inkább nyomósan érintik, mint a részvénytársaságnál, mert a GbMH tagoknak – eltérően a részvényesektől – nem áll módjukban a tőzsdére való kilépés lehetősége. Ezenkívül a legtöbb tagnál az üzletrész átruházása az alapszabály által további korlátozásra kerül (§ 15 Abs. 5), így fennáll annak a veszélye, hogy a függő társaság egy totális uralmi helyzetbe szorítja a függő társaságot.

b) Kitekintés – az AktG megoldása

A részvénytársaság jogának reformjakor az volt az eredeti elképzelés, hogy a faktikus konszern összes hátrányos utasítását annak nagy veszélyességi faktora miatt megtiltják. Az érintettek erős ellenállásába való ütközés miatt azonban ez a megoldás a törvényalkotási eljárás során még inkább csökkent.³⁴

Az AktG szabályozása azóta a többségi uralom általános korlátaiból indul ki, mint ahogy az korábbiak során már megjelölésre került.

c) Joggyakorlat

ca) Korábbi gyakorlat

Az RG (Reichsgericht) korábban sem a részvénytársaságnál, sem a GmbH-nál a többségi uralomnak semmiféle korlátozását nem alkalmazta, később azonban fokozatos hivatkozással a BGB-re ezen a felfogásán változtatott. „A BGH kezdetektől fogva a tagok igazi „Treupflichten”-jét nem csak a társasággal szemben, hanem egymás között is elismerte és ebből mindenekelőtt a szavazati jog gyakorlásának bizonyos korlátait vezette le.”³⁵ „A BGH tekintettel arra, hogy a vezető tisztségviselő cselekedeteiért az uralkodó pozícióban lévő többség tartozik felelősséggel korábban a § 826 BGB-ben szabályozottakhoz igény alapként ragaszkodott.”³⁶

cb) Fejlődés az ITT ítélet óta

Elsőként az 1975-ös „ITT” – ítéletben adta fel a BGH ezt a túl szoros felfogását és döntött akként, hogy amennyiben a vezető tisztségviselőre irányuló befolyás által a társasági tagok érdeke csorbat szenved, úgy abból a többség kötelezettsége következik, aminél azonban a kisebbség érdekében figyelemmel kell lenni. Ezen kötelezettség megsértésénél, figyelemmel annak károsító módzatára, a többségnek a § 43-nak megfelelően szavatosságot kell vállalnia.³⁷ Az eltelt időszakban ezt a joggyakorlat elvben megtartotta, ugyanakkor rámutatott azokra a különböző veszélyekre, amelyek egy má-

³⁴ STROHN: *Die Verfassung der AG im faktischen Konzern*, 1977; SURA: *Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktienrecht* 1980. 46. p.

³⁵ IMMENGA: *Kapitalgesellschaft*, 261. p.

³⁶ SCHOLZ: *Kommentar zum GmbHG. Mit Nebengesetzen und den Anhängigen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, 7. Átdolgozott kiadás, 145. Rdnm.

³⁷ BGHZ 65,15 a 18. p.; ULMER NJW 1976, 191;

sik társaságtól való függőség okán keletkeznek; éppen ezért a kiegyenlítés miatt az uralkodó társaságnak egy „Treupflicht”-ja van mind a függő társasággal, mind annak tagjaival szemben.³⁸

2. A faktikus GmbH konszernjog

Hiányzó törvényi szabályozás

A GmbH konszernjog törvényi szabályozásának pikantériáját éppen annak hiánya jelenti. A törvényalkotó a részvénytársasági konszernjogot ruházta fel jogszabályi háttérrel. E törvényi szabályozás hiánya okán a GmbH konszernjogra a részvénytársasági konszernjog rendelkezéseit kell analóg módon alkalmazni. A GmbH konszernszabályozásnak e jellemzője miatt különös súlyt kell fektetni a bírói gyakorlatra, eseti döntésekre.

Alapfogalmak

A GmbH konszernjog központi fogalmai csakúgy, mint a konszernjognak úgyszintén a fentiekben megjelölt uralkodó és függő vállalkozás fogalma.

A probléma – miként az AktG-nél is – az a kérdés, hogy vajon egy többségi, vagy egy egyedi önálló vállalat, amely maga más vállalatot nem ural konszernjogi szempontból uralkodó vállalat lehet-e. Ezt a Legfelsőbb Bíróság az ún. „Autokran” ítélete óta az állandó joggyakorlatban igennel válaszolta meg. Uralkodó vállalat lehet „olyan természetes személy is, akinek vállalkozási tevékenysége egy olyan másik társaságban is megnyilvánul, amelyben jelentős részesedéssel rendelkezik.”³⁹ Ez a vállalatfogalom a konszernjogi védelmi érdekre orientálódik.

A jogszabályból következik, hogy aki egy függő GmbH-ban vállalati befolyásra kíván szert tenni, annak konszernjogi felfogásban „Unternehmen”-nek kell lennie. A 11. Senat fentebb megjelölt döntése további kérdéseket vet fel. E kérdések közül a legproblematikusabb a konszernjogi felelősség. Az egyszemélyi társasági tag teljes jogállású „Unternehmen”-nek tekintendő-e, a bonyolult konszernjogi felelősségbe bevonható-e. A Bundesgerichtshof felfogása szerint egy egyszemélyi társasági tag, aki több társaságot tart fenn, egy erős konszernjogi felelősségbe bele vonható.⁴⁰

Mindemellett meg kell adni a függőség fogalmát is. A jogszabályi megjelölését a § 17 I AktG tartalmazza. Függő az a vállalat, ami felett egy másik vállalat közvetlenül, vagy közvetett módon meghatározó befolyást gyakorol.

³⁸ A többség ezen különleges „Treupflicht”-jének a megsértésére kerül sor például, ha a többségi csoport egy a társaságnak is egyaránt fontos ingatlant, telket maga szerez meg és ezek után ezt a telket magas bérleti díj ellenében bérbe adja a társaságnak, illetve akkor ha a többségi tulajdonos társasági tag maga használja ki az üzleti lehetőségeket. (Első példa BGH, LM Nr. 17 zu 46 § GmbH; második BGH, WM 1978, 1205;) A függő társaság vonatkozásában olyan hátrányos szerződés alakítása, amely által a veszélyes üzlet rizikóját a hitelezőkre hárul. (Ez esetben az eljáró bíróság megállapította a többség § 826 BGB-ben szabályozott felelősségét is) A példa fellelhetőségi helye: NJW 1979, 2104;

³⁹ Az „Autokran” döntés szemlélete tükröződik az NJW 1994, 446 - 11. Senat ítéletében is, melyből az idézet származik.

⁴⁰ A Bundesgerichtshof-nak ez a kiindulási pontja meglehetősen problematikus. Itt az egyszemélyi társasági tag társaságával szembeni vétkességi felelőssége a konszernjogi felelősséggel keveredik. A német társasági, konszernjogi felelősségi szabályainak e kumulációja jelenti a legnagyobb problematikát a joggyakorlat számára.

Egy GmbH nemcsak függő hanem uralkodó vállalat is lehet. Ugyanakkor mindkét esetben fennforognak a konszernjogi problémák.

Egy faktikusan függő GmbH-nak három ismérve van:

- először GmbH-nak kell lennie,
- másodszor léteznie kell egy másik vállalatnak,
- harmadszor a GmbH-nak ettől a másik vállalatától függőségi helyzetben kell lennie, anélkül, hogy közöttük „Beherrschungsvertrag” „uralkodó szerződés” lenne. (A függőség fogalmának legjellemzőbb jegyeit korábban már ismertettük.)

B. Fontosabb jogkövetkezmények

A faktikusan függő GmbH jogi helyzete pontokba szedve lényegében a következőket jelenti:

a) A függő vállalat többségi tulajdonosa az uralkodó vállalat „Treupflicht”-je, „hűségkötelezettsége” által köteles gondoskodni. Ez a kötelezettség csak akkor jelenti ezt, ha ez a függő GmbH többségi tulajdonosa. A „Treupflicht” nem speciális konszernjogi kötelezettség. Bár a hatályos magyar társasági jogban fogalmi szinten nem jelenik meg ez a jogintézmény az „üzleti etikának” azonban a leglényegesebb fogalmi elemét jelenti.⁴¹ A „Treupflicht” kötelezettsége szerint a befolyással rendelkező társaságnak e befolyás okán a függő társasággal szemben egyfajta „hűséget” kell tanúsítania, ami a gyakorlatban abban nyilvánul meg, hogy tevékenységét a függő társaság érdekeinek megfelelően kell végeznie, a függő társaság érdekeit messzemenően előtérbe helyezve kell társasági jogi, üzleti viszonyait, kapcsolatait rendeznie.⁴² A „Treupflicht” megsértésének szankciója a megtámadási jog, valamint az abbahagyásra és kárterítésre irányuló igény. A „Treupflicht” és annak megsértésének megállapítására a Bundesgerichtshof úgynevezett ITT-döntése az irányadó.⁴³

b) Természetszerűleg a hátrány okozása – annak kiegynélítése nélkül – kötelezettségszegésnek minősül, ami alapján az uralkodó vállalat kárterítés fizetésére kötelezhető. Ezt a szankciót részben az uralkodó társaság függő társaságban fennálló többségi tulajdonán alapuló, fentebb megjelöltek szerinti „Treupflicht”, részben pedig a vállalkozás vezető tisztségviselőjének felelősségére vonatkozó szabályok a befolyással rendelkező uralkodó vállalkozásra való kiterjesztésén alapszik.

⁴¹ Lényegét egy nem egészen jogi fordulattal lehetne megragadni. A „Treupflicht” annyit tesz, hogy „együtt sírunk, együtt nevetünk”, ez a társas kapcsolat lényege. (Csak zárójelben jegyzem meg, hogy tudatosan került a „társas kapcsolat” lényegként megjelölésre, mert valójában ez nem csak, és nem is elsődlegesen a társasági jogi kapcsolatokra vonatkozik.)

⁴² Ez a „Treupflicht” nemcsak a társasági jog, konszernjog intézménye. A munkavállalónak is fennáll e kötelezettsége a német jog szerint a munkavállalóval szemben.

⁴³ Az ítélet fellehétési helye: BGHZ 65, 15=NJW 1976, 191; A G GmbH-n, amely szerelvényeket állít elő, K 15 %-al és részesedés megszerzésének ugyanazon évétől B 85 %-ban tulajdonosa. B egy nemzetközi konszernhez tartozott, így üzletileg a „konszern” szerzett G-ben részesedést. A részesedés megszerzését követően G vezetése a konszern-vezetés által lett irányítva. G ügyvezetője képviselőjében egy külföldi I társasággal szolgáltatási szerződést kötött. Ugyanakkor I társaság 100 %-ban B társaság leányvállalata volt. A szerződés után G az I társasággal szembeni szerződéses kötelezettségét teljesítette és ezért a teljes forgalmának 1 %-át konszern hozzájárulásként be kellett szolgáltatnia. Elfogadva, feltételezve, hogy ez a konszern hozzájárulás semmilyen fontos szolgáltatással, teljesítéssel nem állt ellentétben, így lett a G GmbH és a vele kisebbségi tulajdonos K a konszern oldalán megkárosítva. K ebben az esetben B-t panaszkolta be. Mindkettő korábban eljáró bíróság a keresetet elutasította. A Bundesgerichtshof megállapította B társaság „Treupflicht”-jét a kisebbségi tulajdonos K-val szemben és ennek megfelelő kárterítési igényt a „Treupflicht” vétke megszegése okán.

Az utóbbi vétkeességi felelősség megvalósulásának „alapelvszerű” bírósági döntése a több esetben már megjelölt „Autokran”⁴⁴ ítélet.

3. A kvalifikált faktikus konszernjog

A kvalifikált faktikus konszernjog fogalmát nagyon nehéz pontosan meghatározni, e kérdésben a jogirodalom és a joggyakorlat is eltérő nézeteket vall. Dr. Karsten Schmidt szerint: „Minél erősebb a kvalifikált befolyás felelősségi következménye, annál pontosabban kell meghatározni és bekorlátozni annak tényállását.”⁴⁵

Talán a kvalifikált faktikus konszern legjobb fogalom meghatározást Marcus Lutter adta az AG 1990, 183-ban: „A kvalifikált faktikus konszern akkor valósul meg, ha összességében elmondható, hogy a függő társaság vezetésének központi pillére annak érdekei figyelmen kívül hagyása.”

Kvalifikált faktikus konszernjogról abban az esetben lehet beszélni, amikor a függőség de facto nem egy uralmi szerződésre vezethető vissza. A kvalifikált faktikus konszern tényállását a szakirodalom hangsúlyozottan egy „folytatólagos jogellenes állapot”-ként minősíti.⁴⁶

A legjobb példája a kvalifikált faktikus függőségnek az az esete, amelyben a függő társaság a jogi önállósága elhagyása alatt azt érti, hogy akként végzi tevékenységét, mint az uralkodó társaság egyik „üzemi alosztálya”.

Két alap jelenti a kvalifikált faktikus konszern jogkövetkezményét:

- ennek az állapotnak a jogellenessége, ami csak a befejezése vagy egy szerződéses függőségbe való átvezetése által szüntethető meg, és
- a szerződéses konszernjogi felelősség belépése az uralkodó vállalatnál.

A kvalifikált faktikus függőség esetére a fentiek alapján a szerződéses konszernjogi előírások analógiájára kell a konszern felelősséget alkalmazni. A legnagyobb alkalmazási terület ezen analógia során a § 302 AktG alapján a veszteség kiegyenlítésére vonatkozó felelősség. Miután a § 302 AktG törvényi kötelmi jogviszonyt állapít meg és nem szerződéses kötelmi jogviszonyt, alkalmas e rendelkezés egy ilyen analógiára.

A gyakorlatban és a jogirodalomban megjelenő vita alapját nem a kvalifikált faktikus konszernjogi fogalom-meghatározások különbözősége képezi, hanem az egy-

⁴⁴ BHGZ 95, 330=NJW 1986, 188;

Az ítélet tartalma: B hét társaság egyszemélyes társasági tagja volt. K ezekkel a társaságokkal lízingszerződést kötött 39 személygépjárműre. K valamennyi társasággal szemben jogerős ítélet szerint 700.000 DM összegre volt jogosult. A végrehajtás eredménytelen lett, mert valamennyi társaság fizetésképtelen volt. Ennek hatására K B-t perelte be magát. A Bundesgerichtshof az esetet konszernjogilag értékelte. B-t uralkodó vállalként tekintette, döntését a BGHZ 69, 334 ff-re vezette vissza, e szerint egyetlen személy is lehet uralkodó társaság, ha az a gazdasági érdekeit nem csak az érdekelt társaságban érvényesíti, hanem a többi más társaságban is egyaránt. A befolyás e megvalósulása alapján a Bundesgerichtshof ezt a tényállást a kvalifikált faktikus konszern megvalósulásának tekintette, mert B „a vezetés gyakorlását valamennyi tőle függő társaságban korlátlanul és teljes körűen gyakorolta” és a konszern fokozat olyan magas volt „amilyen egyáltalán a szerződéses konszernben elérhető lehet”. A Bundesgerichtshof szerint: „A függő társaság fizetésképtelensége esetében a §§ 303, 322 II és III AktG megfelelő alkalmazásban az uralkodó konszern vállalat veszteség kiegyenlítési felelőssége akkor jön figyelembe, ha az uralkodó társaság a függő társaság üzleteit tartósan és teljes egészében maga vezette és nem oly módon, mint az önálló GmbH kötelességszerűen működő vezető tisztségviselője vezette volna.

⁴⁵ Dr. iur. KARSTEN SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, 3. átdolgozott kiadás, Carl Heymanns Verlag KG, 1225.

P.

⁴⁶ Uo. § 39 III.

mással keveredő jogkövetkezmények: egyrészt az igen erős veszteség kiegyenlítés, másrészt pedig a rossz konszern vezetésért fennálló felelősség.

A praxisban még nem eldöntött kérdés, vajon a kiegyenlítési kötelezettség az olyan veszteségre korlátozódik-e, amely az eladósodáshoz vezetett. A „Tiefbau”⁴⁷ ítélet óta a veszteség kiegyenlítés a kvalifikált faktikus konszernben elismert. Ezt a szemléletet tükrözi a BGHZ 68, 312. is.⁴⁸

E joggyakorlatban mutatkozó tendencia jól lemérhető az úgynevezett „Gervais-Danone” esetben, mely az előző jogesetekben megjelölt megoldást alkalmazta.⁴⁹

A veszteség kiegyenlítési kötelezettség vitás kérdéseit a „Tiefbau” - ítélet oldotta fel: „Egy függő GmbH-nak a § 302 AktG megfelelő alkalmazásával veszteség kiegyenlítésére vonatkozó igénye keletkezik az uralkodó társasággal szemben, ha az a GmbH üzletét finansziális területen tartósan és széleskörűen vezette és nem bizonyítható, hogy az elszenvedett veszteség nem az uralkodó pozícióban lévő társaság üzleti vezetésének következménye.” Ez az ítélet egy igazi veszteség kiegyenlítést tesz lehetővé: „Amennyiben tehát a tényállás megfelel a kvalifikált függőség kritériumainak, úgy az uralkodó pozícióban lévő társaság nem csak a rossz konszern vezetéséből eredő, hanem a függő társaság valamennyi veszteségét köteles kiegyenlíteni a § 302 AktG analógiájára.”⁵⁰

A fentebb megjelöltek alapján és a veszteség kiegyenlítés kötelezettségének elismerésével megpróbálható a kvalifikált faktikus konszern tényállásának többé-kevésbé annak lényegét tükröző meghatározása:

- Egyrészt a hangsúlyt arra kell helyezni, hogy a meghatározó befolyással rendelkező társaság a függő GmbH saját érdekeit ne vegye figyelembe.⁵¹
- Másodsorban figyelembe jön, hogy a leánytársaságot annak jogi függetlenségének figyelmen kívül hagyásával, mint egy vállalati részleget vezeti az „uralkodó társaság”.⁵²
- Harmadszor a befolyás egy „olyan szorosságot kell, hogy megvalósítson, hogy az egyéni károsító intézkedések ne legyenek egymástól elválaszthatóak.”⁵³

⁴⁷ BGHZ 107, 7=NJW 1989, 1800: A beperelt bank egy szanalási kísérlet során a vagyonkezelő személytől a fizetőképtelen GmbH részesedésének többségét megszerezte, és meghatározóan vezette tovább a GmbH üzleteit. E jellemzők alapján a BGH véleménye szerint figyelembe kerül a veszteség kiegyenlítési kötelezettség, hiszen e tényállás szerint megvalósul a függőségi viszony. A közölt tényállás szerint kétségtelenül kvalifikált függőségről volt szó, tehát a GmbH totális bekötéséről. A BGH szerint az uralkodó társaság a pénzügyi területen a társaság vezetését teljes egészében befolyása alá vonta.

⁴⁸ BGHZ 68, 312; NJW 1977, 1451.: Egy építési vállalkozás egy konkrétan meghatározott üzemi rész, részleg számára alapított egy GmbH-t, amelyet saját vagyon nélkül az építési vállalkozás területén, annak alárendelten kezelte, így megvalósította a kvalifikált faktikus GmbH konszern klasszikus példáját. Ez a kvalifikált faktikus függőség iskolapéldája. Az eljáró bíróság e jogesetet más szempontból vizsgálta, ugyanakkor kimondta, hogy az anyatársaság veszteség kiegyenlítésére köteles.

⁴⁹ BGH, NJW 1979, 2245: Ebben a meglehetősen komplikált a szerződéses és a faktikus függőség közötti helyzetben egy részvénytársaság egy szanalási eljárás folyamán uralkodó befolyást szerzett egy fizetőképtelen társaság felett. Anélkül, hogy végleges döntésre sor került volna, a Bundesgerichtshof itt a veszteség átvételének kötelezettségét vette fontolóra a kvalifikált függőség miatt.

⁵⁰ Dr. iur. KARSTEN SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, 3. átdolgozott kiadás, Carl Heymanns Verlag KG, 1223.

P.

⁵¹ Ez a fogalmi ismerv tűnik ki: BGHZ 122,123,130; HOMMELHOFF ZGR 1994, 395 ff.

⁵² BGH NJW 1980, 231;

⁵³ HOFFMANN-BECKING: *Probleme des Konzernrechts*, 1989. 75. p.

Felhasznált irodalom

Aktiengesetz vonatkozó rendelkezései

- BÄLZ: *Festschrift Ludwig Raiser*, 1974,
DEILMANN: *Die Entstehung des qualifizierten faktischen Aktienkonzerns*, DB 1992.
EMMERICH-SONNENSCHN: *Konzernrecht*, 2. Aufl. 1977.
GEBLER: *Faktische Konzern?*, Festgabe Kunze, 1969.
Grundlegend Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, 1975,
HOFFMANN-BECKING: *Der qualifizierte faktische AG-Konzern: Tatbestand und Abwehransprüche*, Ulmer Verlag, Probleme des Konzernrechts, 1989.
HOFFMANN-BECKING: *Münchener Vertragshandbuch I*, 4. Aufl. 1996.
HOMMELHOFF: *Die Konzernleitungspflicht*, 1982.
HOFFMANN-BECKING: *Probleme des Konzernrechts*, 1989.
H. WERNER: *Der aktienrechtliche Abhängigkeitsstatbestand*, 1979,
IMMENG: *Kapitalgesellschaft*,
Konzernorganisation des Arbeitskreises Dr. Krähe der Schmalenbach-Gesellschaft, 1952.
KOPFF: *Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern*, Festschrift Kastner, Wien, 1992.
MESTMÄCKER: *Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz*, Festschrift Kronstein, 1967.
SEYDEL: *Konzernbindungskontrolle bei der AG*, 1995.
SCHOLZ: *Kommentar zum GmbHG*. Mit Nebengesetzen und den Anhängigen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, 7. Átdolgozott kiadás,
STROHN: *Die Verfassung der AG im faktischen Konzern*, 1977.
SURA: *Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktienrecht* 1980.
WÜRDINGER: *Großkommentar AktG*, 3. Aufl.
WÜRDINGER: *Vorschläge de lege ferenda: Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission*, 1982.

Bírósági döntések:

- BGHZ 65, 15=NJW 1976, 191;
BGHZ 68, 312;
BGHZ 69, 334;
BGHZ 85, 94;
BGHZ 95, 330=NJW 1986, 188;
BGHZ 107, 7=NJW 1989, 1800;
BGHZ 122, 123, 127;
BGHZ 122, 123, 130;
BGH, NJW 1979, 2245;

BGH NJW 1980, 231;
BGH, LM Nr. 17 zu 46 § GmbH;
BGH, WM 1978, 1205;
DB 1958, 1447;
NJW 1976, 191;
NJW 1977, 1451;
NJW 1979, 2104;
NJW 1989, 1800; NJW 1994, 446;
ZGR 1981, 434;
ZGR 1984, 117 f
ZGR 1994, 395 ff
BAGE 22, 390=AP Nr 20 zu § 76 BetrVG 1952

MÁRTA GÖRÖG

EINFÜHRUNG IN DEUTSCHES KONZERNRECHT

(Zusammenfassung)

Die vorliegende Einführung in das deutsche Konzernrecht will nicht umfassend und erschöpfend die rechtlichen Probleme des Phänomens Konzern erörtern. Statt dessen sollen nachfolgend wesentliche Grundlagen des deutschen Konzernrechts vorstellen.

Spezifisch konzernrechtliche Regelungen finden sich lediglich im AktG 1965. Für den GmbH-Konzern existieren überhaupt keine gesetzliche Regelungen. Auch fehlt es bislang an einem kodifizierten Konzernrecht der Personengesellschaften. Daher ist die Kenntnis der Rechtsprechung zur Unternehmensgruppe noch bedeutsamer als in vielen anderen Rechtsgebieten.

Die auf dem Markt operierendem Unternehmen sind vielfachen Konzentrationsimpulsen ausgesetzt. Größere Unternehmenseinheiten können in vielen Branchen rationeller produzieren. Diese Verbindung kann eine Abstimmung der Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen sein. Es kann auch ein Vertrag geschlossen werden, aufgrund dessen die eine Gesellschaft der anderen Weisungen erteilen darf bzw. die eine Gesellschaft ihre Gewinne an die andere Gesellschaft abzuführen kann. Aber auch ohne solche vertraglichen Absprachen kann es zu einer Beeinflussung einer Gesellschaft durch eine andere kommen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die eine Gesellschaft von der anderen abhängig ist.

HANS-GEORG GÜNTHER

Die Obliegenheitsordnung im Privatversicherungsrecht

Durch die Untersuchung und Analyse der Obliegenheit im Privatversicherungsrecht soll die Grundlage für die Beantwortung der eigentlichen Untersuchungsfrage geschaffen werden, nämlich ob und inwieweit privatversicherungsrechtliche Denkkategorien bzw. Rechtsinstitute als möglicher Anknüpfungspunkt für die Weiterentwicklung der Dogmatik der Mitwirkung im Sozialversicherungsrecht von Nutzen sein können. Das Versicherungsvertragsgesetz als die wichtigste Rechtsquelle des Privatversicherungsrechts kennt anders als das SGB I keinen verselbständigten Regelungskomplex, der, ähnlich wie die §§ 60 bis 67 SGB I die privatversicherungsrechtlichen Obliegenheiten des Versicherungsnehmers zum Gegenstand hat. Vielmehr sind die privatversicherungsrechtlichen Obliegenheiten über das ganze Versicherungsvertragsgesetz verstreut.¹ Ergänzend hierzu kennt das Privatversicherungsrecht – wie die Regelungen in den §§ 32, 6 Abs. 2 VVG zeigen vertragliche Obliegenheiten. In diesen Normen ist nämlich von Vereinbarungen zum Zwecke der Verminderung der Gefahr sowie zum Zwecke der Verhütung einer Gefahrerhöhung die Rede. Um den Besonderheiten der jeweiligen Versicherungszweige angemessen Rechnung tragen zu können, verwenden die Versicherer allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB), die spezielle Verhaltensregelungen enthalten. Will der Versicherungsnehmer den Versicherungsanspruch nicht verlieren bzw. Leistungsbeschränkungen in Kauf nehmen, muß er diesen Verhaltensanforderungen nachkommen.

Im Rahmen dieser Arbeit sollen nur die Obliegenheiten erörtert werden, die in qualitativer Hinsicht als repräsentativ und damit aussagekräftig für die anzustellende Analyse der privatversicherungsrechtlichen Obliegenheiten gelten können. Bestimmend wird insoweit sein, ob es sich im Hinblick auf den Versicherungsvertrag um elementare Verhaltensweisen handelt.

Jedes Rechtsinstitut – von einem solchen wird man auch im Zusammenhang mit der Obliegenheitsordnung im Privatversicherungsrecht sprechen können – hat eine bestimmte Funktion innerhalb des Regelungskomplexes, in den es hineingestellt ist, zu erfüllen. Nur über eine solche inhaltliche Regelungs- und Funktionsanalyse erscheint es möglich, die Erkenntnisse zu gewinnen, die einen entsprechenden "Rechtsvergleich" erst ermöglichen. Danach wird es für notwendig erachtet,

¹ Beispielsweise §§ 16 bis 22, 23, 33, 34, 62, 71, 93, 111, 121, 122, 153 VVG.

hinsichtlich der beiden Rechtsbereiche – Privatversicherungsrecht einerseits und Sozialversicherungsrecht andererseits – eine strukturelle Vergleichsanalyse durchzuführen.

1. Bestimmung des Begriffs der Obliegenheiten

Der Versicherungsvertrag ist ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag, bei dem die Hauptleistungspflicht des Versicherers darin besteht, ein bestimmtes, vertraglich festgelegtes wirtschaftliches Risiko zu übernehmen und dem Versicherungsnehmer für den Fall der Gefahrrealisierung die versprochene Leistung zu gewähren. Dagegen verspricht der Versicherungsnehmer in erster Linie die Zahlung einer dem übernommenen Risiko entsprechenden Prämie. Da es sich bei dem Versicherungsvertrag um ein Rechtsverhältnis handelt, das sich nicht in der einmaligen Leistungserbringung erschöpft, sondern durch ein dauerhaftes Verhalten über einen längeren Zeitraum gekennzeichnet ist,² hat der Versicherer ein legitimes Interesse daran, daß das ursprünglich zugrundegelegte Verhältnis annähernder Gleichwertigkeit beider Leistungen nicht zu seinen Ungunsten verändert wird. Um hier eine gewisse Stabilität zu gewährleisten, werden dem Versicherungsnehmer eine Vielzahl von Verhaltensregelungen auferlegt. Deren Aufgaben bestehen darin, den Versicherungsnehmer im Hinblick auf die versicherte Gefahr in seiner Dispositionsfreiheit zu beschränken. Damit wird dem Versicherer ein Instrument in die Hand gegeben, sich nachträglich von seiner vertraglich übernommenen Leistungspflicht ganz oder teilweise unter bestimmten Voraussetzungen zu befreien, wenn der Versicherungsnehmer gegen die auferlegten "Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten" verstoßen hat. Danach können ganz allgemein betrachtet diese Verhaltensregelungen rechtstechnisch als Steuerungsmittel im Hinblick auf das risikobezogene Verhalten des Versicherungsnehmers qualifiziert werden. Rechtsdogmatisch wird in diesem Zusammenhang vielfach auch von gesetzlichen oder vertraglichen "Nebenpflichten" gesprochen, da sie außerhalb der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptleistungen angesiedelt sind. Als Rechtsquelle für solche Verhaltensregelungen kommen das Gesetz, die allgemeinen Versicherungsbedingungen oder Individualvereinbarungen in Betracht.

2. Gegenstand der Obliegenheiten

Eine Definition des Begriffs "Obliegenheiten" enthält das VVG nicht,³ weil der Gesetzgeber es vermeiden wollte, durch eine allzu restriktiv ausfallende gesetzliche Fixierung der Praxis und damit der Entwicklung des Versicherungsrechts den notwendigen Gestaltungsspielraum zu nehmen. Da sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur sich schwer tun, eine einheitliche Terminologie mit der

² KLINGMÜLLER, ERNST: *Einfluß des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung. Landesreferat Deutschland*, 2. Weltkongreß für Versicherungsrecht, Bd. IV, 1967, S. 75, spricht von einem Dauerschuldverhältnis.

³ KNAPPMANN, ULRICH: *Der praktische Fall im Privatversicherungsrecht*, in: JA 1986, S. 65, 68; SIEG, KARL: *Obliegenheiten und sekundäre Risikobeschränkungen im Versicherungsvertragsrecht*, in: BB 1970, S. 106 ff., 109.

erforderlichen Rechtsklarheit und Rechtsbeständigkeit in dieser Frage zu entwickeln,⁴ hat das zur Folge, daß die Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet und daher auch das Prozeßrisiko sehr groß ist. Insbesondere bereitet die Abgrenzung zu den sog. Risikobeschränkungen nicht unerhebliche Probleme. Einigkeit besteht darüber, daß der Gegenstand einer "Obliegenheit" nur ein Tun, Dulden oder Unterlassen sein kann, das dem Versicherungsnehmer entweder im Hinblick auf die bestehende Gefahrenlage oder dem Informationsbedürfnis des Versicherers hinsichtlich der Feststellung bzw. Abwicklung des Versicherungsfalles auferlegt ist.⁵ Diese, der "Gefahrenverwaltung"⁶ dienenden Verhaltensregeln leiten ihre sachliche Rechtfertigung unmittelbar aus der Eigenart des Versicherungswesens ab. Aufgrund des Vertragsgegenstandes sowie der oft langfristigen Bindungen, die der Versicherer durch den Versicherungsvertrag eingeht, hat er durchaus ein schutzwürdiges Interesse an risikobegrenzenden und – stabilisierenden Verhaltensweisen des Versicherungsnehmers. Die Abgrenzung zwischen Risikobeschränkungen und Obliegenheiten ist allerdings nach wie vor umstritten.

3. Die sogenannten verhüllten Obliegenheiten

Versicherer können das übernommene Risiko grundsätzlich sowohl durch bestimmte Verhaltenspflichten als auch durch objektive Umschreibung des von ihnen übernommenen Risikos begrenzen. Da in letzterem Fall Zurechnungskriterien wie Verschulden und Kausalität keine Rolle spielen, während Obliegenheitsverletzungen nach den §§ 6, 15 a VVG nicht ohne weiteres sanktioniert werden dürfen, ergibt sich die rechtliche Notwendigkeit, die in objektive Risikobeschränkungen gekleideten Obliegenheiten zu enttarnen, um so dem in § 15 a VVG enthaltenen Normengebot Rechnung tragen zu können.

Der Versicherer kann ein Risiko durch eine positive Gefahrenbeschreibung begrenzen, durch die der Inhalt des Versicherungsvertrages in bezug auf den versicherten Gegenstand, die versicherte Gefahr, das versicherte Interesse und die Begrenzung des Schadens festgelegt werden soll.⁷ Da bei dieser primären Risikobeschreibung der Umfang des Versicherungsschutzes objektiv umschrieben und infolgedessen von einem Verhalten des Versicherungsnehmers abhängig ist, Obliegenheiten aber stets bestimmte Verhaltensweisen des Versicherungsnehmers zum Gegenstand haben,⁸ bereitet hier die Abgrenzung in der Regel keine Probleme.

Dagegen wird von sekundären Risikoausschlüssen immer dann gesprochen, wenn bestimmte Gefahrenumstände, für die eigentlich Versicherungsschutz bestehen würde, durch entsprechende Ausschlußregelungen wieder aus dem Schutzbereich des Versicherungsvertrages herausgenommen werden. Hier handelt es sich insbesondere um Bestimmungen, die den Versicherungsschutz davon abhängig machen, daß der

⁴ SIEG: *Obliegenheiten*, S. 106; 109; PRÖLSS, JÜRGEN: *Verhüllte Obliegenheiten – Bemerkungen zur jüngsten Rechtsprechung*, in: VersR 1967, S. 309 f.; MARTIN, ANTON: *Lage der versicherten Sache am Versicherungsort – eine "verhüllte Obliegenheit"?*, in: VersR 1969, S. 583 ff.; BGH VersR 1985, S. 854; OLG Köln VersR 1966, S. 948 f.; OLG Stuttgart VersR 1964, S. 1094 f.

⁵ SIEG: *Obliegenheiten*, S. 106, 109; KLINGMÜLLER: a.a.O., S. 75.

⁶ BRUCK, ERNST: *Privatversicherungsrecht*, 1930, S. 277.

⁷ SIEG: *Obliegenheiten*, S. 106.

⁸ BISCHOFF, HARALD: *Versichertes Risiko und materielle Obliegenheiten*, in: VersR 1972, S. 799 ff.

Versicherungsnehmer im Umgang mit dem versicherten Gegenstand ein bestimmtes Verhalten an den Tag gelegt hat, also die versicherten Sachen in bestimmter Art und Weise aufbewahrt hat oder bestimmte Vorschriften, beispielsweise im Umgang mit gefährlichen Sachen, beachtet hat. Hier stellt sich zwangsläufig die Frage, ob die in Individualvereinbarungen oder in allgemeinen Versicherungsbestimmungen enthaltenen Regelungen, die ihrem Wortlaut nach in die Form eines Risiko-ausschlusses gekleidet sind, der inhaltlichen Ausgestaltung nach nicht doch eine Obliegenheit darstellen. In diesem Fall spricht man von verhüllten Obliegenheiten.

In der Literatur stellen Bruck/Möller⁹ als Vertreter der sogenannten Verhaltenstheorie das Verhalten des Versicherungsnehmers in den Vordergrund und kommen danach zu dem Ergebnis, daß jede Klausel, die auf das Verhalten des Versicherungsnehmers abstellt, eine Obliegenheit zum Gegenstand hat, auch wenn sie als Risikoausschluß formuliert ist oder im Zusammenhang mit einem solchen steht. Nur dann, wenn das Verhalten des Versicherungsnehmers unmittelbar den Eintritt des Versicherungsfalles nach sich zieht und demzufolge die Gefahrenlage nicht erst auf einem höheren Niveau zur Ruhe gelangt, soll ein Risikoausschluß vorliegen.¹⁰

R. Schmidt¹¹ geht im Grundsatz von der Verhaltenstheorie aus, befürwortet aber unter Berufung auf den Schutzgedanken der Versicherung eine Differenzierung zwischen der Jedermann-Versicherung und den sogenannten gewerblichen Versicherungen. Es fehlen aber positiv-rechtliche Regelungen im VVG, die diese Argumentation letztlich in versicherungsrechtlicher Hinsicht bestätigen. Hübner¹² meint, daß nur dann von einer Obliegenheit gesprochen werden kann, wenn die Klausel vom Versicherungsnehmer ein Verhalten zur Schadensverhütung verlangt, was aber auch nur für Jedermann-Versicherungszweige gelten soll. Wilcke¹³ knüpft in erster Linie an den Wortlaut der entsprechenden Verhaltensregelung an und leitet daraus ab, daß eine Klausel, die als Risikoausschluß formuliert ist, auch rechtlich so behandelt werden muß. Prölss¹⁴ mißt dem Wortlaut der entsprechenden Klausel nur eine indizielle Bedeutung bei und hält die Stellung der Klausel innerhalb der allgemeinen Versicherungsbestimmungen sowie deren Zusammenhang mit dem vom Versicherungsnehmer erwarteten Verhalten für maßgeblich. Schließlich stellt Sieg,¹⁵ sofern der Wortlaut der Klausel für eine Risikobeschränkung spricht, darauf ab, ob die Parteien einen sachlichen Grund hatten, von einer Formulierung als Obliegenheit abzusehen, obwohl der Sache nach ein Verhalten des Versicherungsnehmers in Frage steht. Für den Fall, daß objektiv ein sachlicher Grund nicht festgestellt werden kann, soll die Klausel als Obliegenheitsregelung betrachtet werden.

Die Rechtsprechung des BGH läßt sich auf den Grundgedanken zurückführen, daß die Abgrenzung nicht allein vom Wortlaut oder der Stellung der Klausel innerhalb der

⁹ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 32 Am. 43; § 6, Anm. 13 VVG.

¹⁰ MÖLLER, HANS: *Verhüllte Obliegenheiten*, in: VersRdsch 1970, S. 329 ff., 335.

¹¹ SCHMIDT, REIMER: *Die Verhütung der Gefahrverwirklichung und des Schadens im Versicherungsvertragsrecht*, Teil II, in: ZVersWiss 1968, S. 81 ff., 93, 95.

¹² HÜBNER, ULRICH: *Verhaltensabhängige Risikoausschlüsse und verhüllte Obliegenheiten*, in: VersR 1978, S. 981, 988.

¹³ WILKE, WALTER: *Zur Rechtsnatur der Schweißschadenklausel in der allgemeinen Haftpflichtversicherung*, in: VersR 1969, S. 8, 14 f.

¹⁴ PRÖLLS: *Obliegenheiten*, S. 309 f.

¹⁵ SIEG: *Obliegenheiten*, S. 106, 110.

allgemeinen Versicherungsbedingungen abhängig gemacht werden könne. Vielmehr soll dem materiellen Inhalt der einzelnen Bedingungen maßgebliche Bedeutung zukommen. Dies verlange der Schutzcharakter des § 15 a VVG, wonach bei Obliegenheitsverletzungen nicht von dem gesetzlichen Mindestschutz zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden darf.¹⁶ Eine in Form des Risikoausschlusses gekleidete Obliegenheit nimmt der BGH immer dann an, wenn die Klausel "vorwiegend oder in erster Linie den Versicherungsnehmer zu einem entsprechend sorgfältigen Verhalten bei der Verwaltung der versicherten Gefahr bewegen soll, von dem es abhängt, ob er sich den zugesagten Versicherungsschutz erhält oder ob er ihn verliert." Steht danach die bloße Beschreibung von Gefahrenlagen, für die Versicherungsschutz gewährt oder die vom Versicherungsschutz ausgenommen werden sollen, und nicht ein bestimmtes Verhalten des Versicherungsnehmers im Vordergrund,¹⁷ so handelt es sich um eine Risiko-begrenzung.

Der Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, als nicht allein die äußere Form der Klausel, d.h. der Wortlaut oder deren systematische Stellung für die Abgrenzung entscheidend sein kann. Dies ergibt sich bereits daraus, daß durch eine entsprechende Formenwahl die in den §§ 6, 15 a VVG getroffenen Regelungen ansonsten umgangen werden könnten.

Die Funktion sekundärer Risikobeschränkungen besteht darin, aus dem Bereich der allgemeinen Gefahrenumstände bestimmte Gefahrenumstände auszuschließen und für diese von vornherein den Versicherungsschutz zu versagen. Dagegen ist für das Vorliegen einer Obliegenheit kennzeichnend, daß die Verwirklichung einer bestimmten Gefahr eigentlich zu dem versicherten Gefahrenkreis gehört, die Leistungspflicht des Versicherers im konkreten Fall jedoch davon abhängig gemacht wird, daß sich der Versicherungsnehmer in bezug auf den Umgang mit der Gefahr oder im Rahmen der Feststellung des Versicherungsfalles in bestimmter Weise verhält oder verhalten hat. Ob nun das eine oder das andere mit der Klausel bezweckt war, muß im Wege der Auslegung ermittelt werden. Während nämlich der Versicherer darum bemüht ist, durch Risikobeschränkungen das von ihm übernommene Risiko zu minimieren, versucht der Versicherungsnehmer, für seine Prämie einen maximalen Versicherungsschutz zu erlangen. Vor diesem Hintergrund muß versucht werden, eine beide Interessen angemessen berücksichtigende sowie die Eigenheiten des jeweiligen Versicherungsverhältnisses beachtende Lösung zu finden.

Welchen Zweck die betreffende Klausel verfolgt, ist einer Interessenabwägung zu entnehmen, die unter Einbeziehung des Inhalts, der systematischen Stellung sowie des Vertragskontextes zu erfolgen hat. Vor diesem Hintergrund ist zum Beispiel § 61 VVG als Risikoaußschlußtatbestand zu interpretieren, da kein vernünftiger Versicherungsnehmer ein berechtigtes Interesse daran haben kann, daß der Versicherer das Risiko einer vorsätzlichen bzw. grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles übernimmt. Der Zweck dieser Norm besteht danach von vornherein darin, dieses Verhalten nicht unter Versicherungsschutz zu stellen. Für den Obliegenheitsbegriff bedeutet dies, daß von einer Obliegenheit immer nur dann gesprochen werden kann, wenn vom Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten gefordert wird, das

¹⁶ BGH VersR 1979, S. 343 f.; 1980, S. 153 f.; 1985, S. 854 f.

¹⁷ BGH VersR 1977, S. 1142 f.

entweder im Zusammenhang mit der jeweiligen Gefahrenlage oder der Feststellung bzw. Abwicklung des Versicherungsfalles steht und seiner Art nach ein Tun, Dulden oder Unterlassen darstellt. Auf der anderen Seite darf aber auch nicht außer acht gelassen werden, daß nicht jede verhaltensbezogene Vertragsklausel zwingend notwendig eine Obliegenheit darstellen muß. Insoweit ist es im Einzelfall erforderlich, aufgrund einer am jeweiligen Zweck der Klausel orientierten, das versicherungsrechtliche Äquivalenzverhältnis berücksichtigenden Interpretation zu einer interessen-gerechten Abwägung zu gelangen, die anhand einer den Grundsatz von Treu und Glauben berücksichtigenden Folgenbetrachtung zu überprüfen ist.

Inhaltliche Ausgestaltung der Obliegenheitsordnung in Deutschland

Die privatversicherungsrechtlichen Obliegenheiten kann man danach unterscheiden, ob sie auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen des Versicherungsnehmers gerichtet sind. Das vom Versicherungsnehmer erwartete Verhalten kann dabei ein einmaliges oder mehrmaliges Handeln¹⁸ oder eine dauernde Verhaltensweise des Versicherungsnehmers – z.B. das Unterlassen gefahrerhöhender Handlungen – zum Gegenstand haben.¹⁹

In funktioneller Hinsicht können drei Hauptgruppen gebildet werden. Einmal kann es als Aufgabe der Obliegenheiten angesehen werden, die Leistungspflicht des Versicherers auf das vertraglich übernommene Risiko zu beschränken. Dazu dienen im wesentlichen die Anzeigepflicht nach §§ 16 ff. VVG, das Verbot gefahrerhöhender Handlungen nach §§ 23 ff. VVG und die sogenannte Rettungspflicht nach § 62 VVG. Darüber hinaus folgt aus den §§ 6 Abs. 2, 32 VVG, daß die allgemeinen Versicherungsbedingungen spezielle, auf das "versicherte Risiko" zugeschnittene vertragliche Obliegenheiten enthalten können, die den besonderen Gegebenheiten bestimmter Risikolagen gerecht werden sollen.

Eine weitere Funktion besteht darin, den Versicherungsnehmer bei Eintritt des Versicherungsfalles zur Kooperation bei dessen Abwicklung zu bewegen.²⁰ Der Versicherer hat nämlich ein schützenswertes Interesse daran, daß er in die Lage versetzt wird, sachgemäße Entscheidungen im Hinblick auf den konkreten Versicherungsfall zu treffen.²¹ Dieses Informationsbedürfnis hat nicht nur der Gesetzgeber in den §§ 34, 171 Abs. 2, 182 VVG als schutzwürdiges Interesse anerkannt, sondern es fand auch in den allgemeinen Versicherungsbedingungen Berücksichtigung. Schließlich gibt es noch Obliegenheiten, die die einseitige Mitteilung eines versicherungserheblichen Sachverhalts zum Gegenstand hat, aber anders als die Auskunft nicht erst durch Frage und entsprechende Mitteilung aktualisiert werden.²² Hierzu ist insbesondere die Anzeige nach § 33 VVG zu zählen. Der sachliche Beweggrund zur Normierung dieser Verhaltensregelung ist im wesentlichen darin zu

¹⁸ Beispielsweise Auskünfte über bestimmte Umstände, die für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht von Bedeutung sind.

¹⁹ BRUCK/MÖLLER, a.a.O., § 6 Anm. 24 VVG.

²⁰ WEYERS, HANS-LEO: *Versicherungsvertragsrecht*, 1986, Rdnr. 317.

²¹ PRÖLLS/MARTIN: *Versicherungsvertragsgesetz*, Kommentar, 26. Aufl., 1998, § 33 Anm. 4 V

²² DEUTSCH, ERWIN: *Versicherungsvertragsrecht*, 2. Aufl., 1988, Rdnr. 198.

sehen, den Versicherer von einem Ereignis, das dem ersten Anschein nach seine Leistungspflicht begründet, in Kenntnis zu setzen.²³

Schließlich ist noch zu unterscheiden zwischen Obliegenheiten mit²⁴ und ohne²⁵ gesetzliche Regelung der Verletzungsfolgen.²⁶ Ob der Versicherungsnehmer Rechtsnachteile auch dann erleiden soll, wenn der Vertrag insoweit keine bestimmten Regelungen enthält, ist umstritten.

Soweit der Versicherungsnehmer Erklärungen spontan, z.B. bei Anzeigen nach § 33 VVG, oder auf Verlangen, z.B. bei Auskünften nach § 34 VVG, abgibt, ist das von ihm vorgenommene Tun als eine Wissenserklärung²⁷ zu qualifizieren, die – anders als Willenserklärungen – nicht final auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist, sondern lediglich einen tatsächlichen Erfolg anstreben, so daß man hier auch nur von einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung sprechen kann. Soweit die betreffende Obliegenheitsregelung aber ein Verhalten zum Gegenstand hat, das nicht in der Abgabe einer Wissenserklärung, sondern in einem bloßen Tun, z.B. Handlungen zur Abwendung oder Minderung eines Schadens, oder einem Unterlassen, z.B. der Nichtvornahme gefahrerhöhender Handlungen, besteht, handelt es sich um sogenannte Realakte. Danach sind die privatversicherungsrechtlichen Obliegenheiten im wesentlichen den rechtlichen Handlungsformen der Wissenserklärung sowie des Realaktes zuzuordnen. Daraus ergibt sich aber umgekehrt, daß Willenserklärungen im Bereich der eigentlichen Obliegenheiten, bei denen der tatsächliche Handlungserfolg im Vordergrund steht, keine nennenswerte Funktion haben.

1. Die gesetzlichen Obliegenheiten

Das Gesetz erlegt dem Versicherungsnehmer eine Fülle von Obliegenheiten auf, die entweder vor oder nach dem Eintritt des Versicherungsfalls zu erfüllen sind und die entweder für sämtliche Versicherungszweige oder für alle Zweige der Schadensversicherung oder für einzelne Versicherungszweige gelten.

1. Obliegenheiten vor Vertragsschluß

Das Prinzip der Privatautonomie – basierend auf dem Grundgedanken selbstverantwortlich handelnder Rechtssubjekte, die ihre Rechtsbeziehungen zueinander grundsätzlich in freier Selbstbestimmung regeln – gilt auch im Privatversicherungsrecht. Beim Abschluß des Versicherungsvertrages obliegt dem Versicherungsnehmer die Prüfung, ob der von ihm angestrebte Versicherungsvertrag nach Art und Umfang hinreichenden Schutz vor den ihm drohenden Gefahren im privaten Bereich bietet, während es grundsätzlich zum Verantwortungsbereich des Versicherers gehören würde, sich Klarheit über das zu tragende Risiko zu

²³ PRÖLLS/MARTIN, a.a.O., § 33 Anm. 4 VVG.

²⁴ Lex perfecta.

²⁵ Lex imperfecta.

²⁶ BRUCK/MÖLLER, a.a.O., § 6 Anm. 17 VVG; SIEG, KARL: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, 4. Aufl., 1994, S. 101.

²⁷ SIEG: *Versicherungsvertragsrecht*, S. 100.

verschaffen,²⁸ um so eine gefahrbezogene Prämieeinordnung vornehmen zu können. Entgegen dieser zivilrechtlichen Grundsätzen folgenden Risikoabwägung nach individuellen Verantwortungsbereichen hat das VVG dem Versicherungsnehmer hinsichtlich sog. gefahrerheblicher Umstände eine besondere vorvertragliche Anzeigepflicht in den §§ 16 ff. VVG auferlegt.

Mit der Normierung einer vorvertraglichen Anzeigepflicht verfolgt der Gesetzgeber von Anfang an das Ziel, eine Diskrepanz zwischen vertraglich vorausgesetzter und tatsächlicher Gefahrenlage zu verhindern. Schlägt man die Brücke zu allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Instituten, die an die Kenntnis als Regelungsgegenstand anknüpfen, drängt sich der Vergleich zu den Instituten der arglistigen Täuschung und des Irrtums auf.²⁹ Diese Parallele liegt deshalb nahe, weil die für die Beurteilung der Gefahrenlage erheblichen, aber seitens des Versicherungsnehmers unterlassenen Angaben unter dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung oder des rechtserheblichen Motivirrtums Bedeutung erlangen können. Jedoch soll durch die §§ 16 ff. VVG den versicherungsrechtlichen Besonderheiten besser Geltung verschafft werden, als dies nach den §§ 119, 123 BGB der Fall wäre.

Unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage ist der Normzweck der vorvertraglichen Mitwirkung zum einen in der insoweit berechtigten Einschränkung der Privatautonomie des Versicherungsnehmers und zum anderen in der Herstellung einer angemessenen Risikoverteilung hinsichtlich der entscheidungserheblichen Fakten zu sehen, die als Grundlage für den Vertragsschluß dienen.

a) Der Tatbestand

Nach § 1 VVG besteht die Leistung des Versicherers darin, dem Versicherungsnehmer ein gewisses wirtschaftliches Risiko abzunehmen,³⁰ wobei unter Risiko die Gefahr zu verstehen ist, daß ein Schaden eintritt.³¹ Die Anzeige nach §§ 16, 17 VVG muß sich inhaltlich auf solche Umstände beziehen, die für den Vertragsabschluß und damit die Übernahme der Gefahr erheblich sind. Von dem Begriff der "Gefahr" ist der des "versicherten Interesses" zu unterscheiden. Letzterer umschreibt im Privatversicherungsrecht die wirtschaftliche Beziehung zu einem Gegenstand, vor deren Beeinträchtigung der Versicherungsnehmer sich schützen will.³²

Die für die Beurteilung der Gefahrenlage bedeutsamen objektiven Umstände sind physische und psychische Vorgänge, Tatsachen oder Zustände",³³ die vom Verhalten des Versicherungsnehmers und damit von seinem Willen unabhängig sind.³⁴ Im

²⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 16 Anm. 4 VVG; RÖHR, WOLFGANG: *Die vorvertragliche Anzeigepflicht*, 1980, S. 40.

²⁹ SCHMIDT, REINER: *Einfluß des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung*, in: Zweiter Weltkongreß für Versicherungsrecht, 1967, Bd. IV, S. 13 ff., 15, sieht in den §§ 16 ff. VVG sogar *leges speciales* im Verhältnis zu den §§ 119 ff. BGB, was aber wegen § 22 VVG nicht unbedenklich erscheint.

³⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 1 Anm. 44 VVG; WEYERS: *Versicherungsvertragsrecht*, Rdnr. 21.

³¹ WEYERS: *Versicherungsvertragsrecht*, Rdnr. 485.

³² WEYERS: *Versicherungsvertragsrecht*, Rdnr. 26, S. 28.

³³ EHRENBURG: S. 73; KISCH: *Handbuch des Privatversicherungsrechts*, Bd. 2, S. 194.

³⁴ Beispielsweise schicksalhafte Krankheiten, das Alter des Versicherungsnehmers oder die Absicht eines Dritten, ihm zu schaden.

Gegensatz dazu ist für die subjektiven Umstände ein vom Willen des Versicherungsnehmers getragenes bzw. beeinflusstes Verhalten kennzeichnend.³⁵ Da es sich bei der Privatversicherung um eine Individualversicherung handelt, sind nur diejenigen Gefahrenumstände relevant, die gerade der individuellen Risikosphäre anhaften. Davon müssen all diejenigen Gegebenheiten unterschieden werden, die einer Risikogruppe als solcher eigentümlich sind – sei es aus statistischen Gründen, sei es aufgrund von Erfahrungswerten oder aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen – so daß der Versicherer hier generell davon ausgehen kann, daß diese Umstände auch in der Person des potentiellen Versicherungsnehmers liegen. Da den Versicherer hinsichtlich dieser Umstände eine Kenntnisvermutung trifft, wird insoweit eine Anzeigepflicht verneint.³⁶

Je nach der Nähe der Umstände zur konkreten Gefahrenlage lassen sich unmittelbare und mittelbare Gefahrenumstände unterscheiden. Von ersteren spricht man immer dann, wenn sie direkten – kausalen – Einfluß auf die Gefahrenlage haben, während mittelbare – indizierende – Gefahrenumstände lediglich gewisse Rückschlüsse auf das Vorliegen der die Gefahrenlage direkt beeinflussenden Umstände zulassen.³⁷

Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 VVG hat der Versicherungsnehmer nur die "ihm bekannten Umstände" anzuzeigen. Bekannt sind in diesem Sinne nur solche Umstände, deren sich der Versicherungsnehmer bewußt geworden ist.³⁸ Umstände, die der Versicherungsnehmer einmal gekannt hat, die seinem Gedächtnis inzwischen aber wieder entfallen sind, kennt er damit nicht. Ein bloßes Kennenmüssen reicht nicht aus. Die Aufklärungspflicht beschränkt sich somit darauf, den Versicherungsnehmer zu vollständigen und richtigen Angaben zu veranlassen. Insofern wird dem Versicherungsnehmer keine Erkundigungspflicht auferlegt.³⁹ Die herrschende Meinung verlangt kein aktuell präsenes Wissen, sondern läßt ein jederzeit aktualisierbares Wissen ausreichen.⁴⁰ Zu diesem Wissen werden alle diejenigen Gefahrenumstände gerechnet, die dem Versicherungsnehmer bei gehöriger Anstrengung seines Gewissens bewußt werden können. Die für die konkrete Gefahrenlage erheblichen Umstände können verschuldet oder unverschuldet sein und in zeitlicher Hinsicht die Vergangenheit, die Gegenwart oder die Zukunft betreffen. Von vertragsgefährlichen Umständen sprechen Rechtsprechung⁴¹ und Schrifttum⁴² im Hinblick darauf, daß der Abschluß eines Versicherungsvertrags dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit eröffnet, den Versicherer unberechtigterweise in Anspruch zu nehmen. Damit realisiert sich eine Gefahr, die allein an das Bestehen eines Versicherungsvertrages anknüpft. So ist nach Ansicht des OLG Saarbrücken⁴³ die

³⁵ Beispielsweise die Schädigungs-, Verletzungs- oder Selbstmordabsicht des Versicherungsnehmers.

³⁶ SCHNEIDER, BRUNO PAUL: *Die versicherungsrechtliche Erfassung der Gefahreratsachen nach schweizerischem und deutschem Recht*, 1971, S. 30.

³⁷ KISCH: a.a.O., S. 201.

³⁸ OLG Oldenburg, Urteil vom 16.01.1991, NJW-RR 1991, S. 1185 f.

³⁹ BGH VersR 1982, S. 182 f.; 87, S. 97 f.

⁴⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 16 Anm. 32 VVG; BRUCK: *Privatversicherungsrecht*, S. 189.

⁴¹ BGH VersR 1977, S. 660 f.; OLG Hamm VersR 1981, S. 153; OLG Saarbrücken, VersR 1987, S. 98 f.

⁴² BRUCK/MÖLLER: § 16 Anm. 17 VVG; Röhr a.a.O., S. 76; PRÖLSS/MARTIN: §§ 16, 17 Anm. 1 b VVG; EICHLER: a.a.O., S. 172; SIEG: Lb, S. 126.

⁴³ OLG Saarbrücken, VersR 1987, S. 98 f.

Nichtangabe weiterer Versicherungen ein "vertragsgefährlicher Umstand", da hierin ein Indiz dafür zu sehen sei, daß der Versicherungsnehmer tendenziell zur Vortäuschung eines Versicherungsfalles bereit ist. Überwiegend wird bejaht, daß auch die sogenannte Vertragsgefahr von den §§ 16 und 17 VVG erfaßt sein soll.

Das Gesetz beschränkt die Anzeigepflicht auf die Umstände, die für die Gefahrübernahme erheblich sind. Dies ist explizit so in § 16 Abs. 1 Satz 1 VVG geregelt. Man kann daher auch von einer normimmanenten Beschränkung des konkreten Umfangs anzeigepflichtiger Sachverhalte sprechen. Erheblich sind nach § 16 Abs. 1 Satz 2 VVG all diejenigen Gefahrenumstände, die "geeignet" sind, den Entschluß des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschließen, zu beeinflussen.

Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum⁴⁴ soll insoweit nicht die subjektive Vorstellung des Versicherers entscheidend sein, sondern den programmatischen Festlegungen sachgemäßer Versicherungstechnik die maßgebende Beurteilungsrelevanz zukommen.⁴⁵ Dafür spricht sowohl das Argument der Rechtseinheitlichkeit als auch das der Rechtssicherheit. Bei Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes wird der Versicherungsnehmer eher in der Lage sein, die nach der Verkehrsanschauung erheblichen Umstände festzustellen und sie dem Versicherer anzuzeigen.

Auf der anderen Seite können Umstände, die für einen vorsichtigen Versicherer noch erheblich sein können, für einen kulanteren Versicherer oftmals ohne Bedeutung sein.⁴⁶ In diesem Zusammenhang dürfen auch wirtschaftliche Aspekte nicht völlig außer acht gelassen werden. Danach wird es oftmals so sein, daß sich die Gefahrengemeinschaft eines vorsichtigen Versicherers in der Regel auf sogenannten guten Risiken zusammensetzen wird. Die Folge davon wird in wirtschaftlicher Hinsicht ein günstigeres Prämiengefüge sein. Der Begriff der "Erforderlichkeit" ist daher vor dem Hintergrund des Spannungsverhältnisses dieser widerstreitenden Interessen zu interpretieren. Daher muß versucht werden, eine diese Umstände berücksichtigende interessengerechte und praxisorientierte Lösung anzustreben.

Der Versicherer verpflichtet sich in dem Versicherungsvertrag dazu, dem Versicherungsnehmer ein bestimmtes wirtschaftliches Risiko – beispielsweise die im Zusammenhang mit einer Krankheit oder einem Unfall auftretenden finanziellen Belastungen – abzunehmen⁴⁷, d.h. er muß in der Regel im Versicherungsfall eine bestimmte Geldleistung erbringen. Wer aber bestimmte Risiken übernimmt, muß vorher über die jeweils zugrundeliegende Gefahrenlage möglichst genau informiert sein, um die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts und damit die konkrete Gefahr des Leistungsfalles beurteilen zu können. Daher würde ein Maßstab, der Gefahrenumstände allgemein als erheblich oder als unerheblich einstuft, dem Interesse des Versicherungsnehmers am besten gerecht werden.

⁴⁴ EICHLER, HERMANN: *Versicherungsrecht*, 2. Aufl., 1976, S. 170; KISCH: *Handbuch des Privatrechts*, S. 213 ff.; LORENZ-LIBURNAU: *Leitfaden des österreichischen Allgemeinen Versicherungsrechts*, in: VersRdSch 1975, S. 199 ff., 208; Staats: Risikobegrenzung im anglo-amerikanischen Versicherungsvertragsrecht, insbesondere die Institute "exclusion", "exaption", "misrepresentation", "Non-disclosure", "condition" und "warranty" in rechtsvergleichender Sicht, in: ZVersWiss, Bd. 63, S. 522 ff.; RITTER-ABRAHAM: *Das Recht der Seeversicherung*, 2. Aufl., 1967, § 19 Anm. 25, S. 333.

⁴⁵ BRUCK: a.a.O., S. 186.

⁴⁶ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 16 Anm. 25 VVG.

⁴⁷ WEYERS: a.a.O., Rdnr. 376.

Hier bietet sich eine vermittelnde Lösung an, die objektive und subjektive Gesichtspunkte miteinander verbindet, um auf diesem Wege einen, dem Zweck der vorvertraglichen Anzeigepflicht gerechtfertigenden Interessenausgleich zu erzielen. Da es der Versicherer ist, der das Risiko bewertet und davon seine Entscheidung abhängig macht, sollte er grundsätzlich auch berechtigt sein, den von ihm als notwendig erachteten Informationsbedarf zu bestimmen. Um allerdings auch dem Interesse des Versicherungsnehmers zu genügen, muß die Bestimmung des Informationsbedarfs objektiviert werden. Diese Objektivierung muß in der Weise erfolgen, daß vom Standpunkt eines sorgfältig handelnden Versicherers aus beurteilt werden muß, ob er hinsichtlich der konkret in Frage stehenden Gefahrenumstände auch einen Informationsbedarf bejahen hätte.

Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 VVG hat der Versicherungsnehmer die gefahrerheblichen Umstände "bei der Schließung des Vertrages" anzuzeigen. Spätestmöglicher Zeitpunkt zur Erfüllung der Anzeigepflicht nach § 16 VVG ist der Vertragsschluß im rechtlichen Sinn, der mit dem Zugang der Annahmeerklärung des Versicherers beim Versicherungsnehmer erfolgt. Erfährt der Versicherungsnehmer nach Ausfüllung des Fragebogens noch neue gefahrerhebliche Umstände, so muß er seine Anzeigen ergänzen.⁴⁸ Einige sehen hierin einen Anwendungsfall der Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß, andere einen Unterfall der Geschäftsgrundlage. Die vorvertragliche Anzeigepflicht bringt insoweit eine Spezialregelung, welche die Anwendung des allgemeinen Zivilrechts ausschließt.⁴⁹

Soweit der Versicherungsnehmer erst nach dem formellen Vertragsschluß Kenntnis vom Vorliegen eines gefahrerheblichen Umstandes erhält, ist diese Kenntnis sowohl im Hinblick auf die vorvertragliche Anzeigepflicht als auch im Hinblick auf die Gefahrerhöhung nach § 23 VVG rechtlich unerheblich, da die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv bestehenden Gefahrenumstände zu keiner Gefahrerhöhung führen können.⁵⁰ Zu denken wäre hier allenfalls an eine, sich aus dem Versicherungsvertrag nach § 242 BGB ergebende, sogenannte ungeschriebene Auskunftspflicht, da der Versicherer ein legitimes Interesse daran hat, auch über die unbekannten, später aber bekannt werdenden Umstände informiert zu werden.

Anzeigepflichtig ist der Versicherungsnehmer; daneben gelten die allgemeinen Grundsätze über die Verantwortlichkeit für Dritte, speziell bei Wissenserklärungen. § 19 VVG⁵¹ behandelt den Fall, daß der Versicherungsvertrag von einem Bevollmächtigten oder einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen wird. Von § 166 Abs. 1 BGB unterscheidet sich die Vorschrift dadurch, daß es nicht nur auf Kenntnis bzw. Kennenmüssen des Vertreters, sondern auch des Versicherungsnehmers ankommt. Für gesetzliche Vertreter bleibt es auch im Versicherungsvertragsrecht bei §

⁴⁸ Reichsgericht, Urteil vom 10.11.1931, in: RGZ Bd. 134, S. 152; vgl. § 29 a VVG.

⁴⁹ SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, S. 130 f.

⁵⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 16 Anm. 8 VVG; EHRENZWEIG, ALBERT: *Deutsches (österreichisches) Versicherungsvertragsrecht*, Wien 1952, S. 84; RITTER-ABRAHAM: a.a.O., § 19 Anm. 52; RÖHR: a.a.O., S. 157.

⁵¹ "Wird der Vertrag von einem Bevollmächtigten oder von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen, so kommt für das Rücktrittsrecht des Versicherers nicht nur die Kenntnis und die Arglist des Vertreters, sondern auch die Kenntnis und die Arglist des Versicherungsnehmers in Betracht. Der Versicherungsnehmer kann sich darauf, daß die Anzeige eines erheblichen Umstandes ohne Verschulden unterblieben oder unrichtig gemacht ist, nur berufen, wenn weder dem Vertreter noch ihm selbst ein Verschulden zur Last fällt."

166 Abs. 1 BGB. Anzeigempfänger ist der Versicherer, wobei empfangsbevollmächtigt in Anwendung des § 43 Ziffer 1, 2 VVG neben dem Abschlußagenten auch der bloße Vermittlungsagent ist.⁵²

Die vorvertragliche Anzeigepflicht ist eine bloße Wissenserklärung, die die Mitteilung eines bestimmten Sachverhaltes, nämlich die Bezeichnung der gefahrerheblichen Umstände, zum Gegenstand hat.⁵³ Daß für die Anzeige der Grundsatz der Formfreiheit⁵⁴ gilt, ergibt sich zum einen aus § 16 Abs. 1 Satz 1 VVG, der keine bestimmte Form vorschreibt, zum anderen aber auch aus einem *argumentum e contrario* zu der in § 33 a Satz 2 VVG getroffenen Regelung, die eine Schriftformvereinbarung ausdrücklich zuläßt.

b) Die Verletzung

Die objektiven Verletzungsformen sind quantitative Mitwirkungsdefizite in Form der Nichtanzeige gemäß § 16 Abs. 2 VVG, und qualitative Mitwirkungsdefizite, die bei der Falschanzeige gemäß § 17 Abs. 1 VVG vorliegen. Beide Fälle werden im Ergebnis gleich behandelt. Hat ein Versicherer unklare Fragen gestellt, so fehlt es möglicherweise schon an einer objektiven Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht, desgleichen falls ein Versicherungsagent im Rahmen seiner Vertrauensstellung eine auslegungsbedürftige Frage in bestimmter Weise erläutert. Nur aus dem Zusammenhang kann beurteilt werden, welche Bedeutung einem Strich zukommt, den der Versicherungsnehmer gemacht hat; in der Regel bedeutet er eine Verneinung, was manchmal der Fragebogen klarstellt. Der Versicherer muß die objektive Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht beweisen; allerdings obliegt es wegen der negativen Fassung der §§ 16 Abs. 3, 17 Abs. 2 VVG dem Versicherungsnehmer, darzutun, daß der Versicherer den nicht oder falsch angezeigten Umstand kannte.⁵⁵

Aus der in § 16 Abs. 3 VVG getroffenen Regelung folgt, daß eine objektive Anzeigepflichtverletzung unter anderem dann sanktionslos bleibt, wenn die Anzeige ohne Verschulden des Versicherungsnehmers unterblieben ist. Unter Verschulden ist eine Verhaltensweise zu verstehen, die dem Versicherungsnehmer zum Vorwurf gemacht werden kann. Das bedeutet, daß dem Versicherungsnehmer nur dann aus seinem Verhalten Nachteile erwachsen sollen, wenn er für dieses Verhalten zur Verantwortung gezogen, ihm also die Schädigung des Versicherers zugerechnet werden kann.

Genau dieselbe Funktion, nämlich die Beschränkung der Einstandspflicht für schädigende Ereignisse hat der Verschuldensbegriff auch im bürgerlichen Recht⁵⁶. Daher erscheint es auch berechtigt, den bürgerlich-rechtlichen Verschuldensbegriff auf das Privatversicherungsrecht zu übertragen. Andernfalls bestünde die Gefahr, daß der Schutzbereich der Versicherung in unzulässiger Weise eingengt werden würde.⁵⁷ Der Versicherungsnehmer muß also zunächst die Fähigkeit besitzen, das Unrecht seiner

⁵² SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, S. 130.

⁵³ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 16 Anm. 5 VVG; PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 16, 17 Anm. 7 VVG.

⁵⁴ HOFMANN, EDGAR: *Privatversicherungsrecht*, 4. Aufl., 1998, Kap. 2.3.1.2.

⁵⁵ SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, S. 132.

⁵⁶ PRÖLSS/MARTIN, a.a.O., § 6 Anm. 12 m.w.N.

⁵⁷ BGH VersR 1960, S. 626.

Handlung und damit die Verpflichtung, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst eintreten zu müssen, zu erkennen und damit schuldfähig sein.⁵⁸

Vorsätzlich handelt, wer die Obliegenheitsverletzung kennt und will und im Bewußtsein der Existenz einer Verhaltensnorm handelt.⁵⁹ Ausreichend ist aber auch hier, daß der Versicherungsnehmer den als möglich erkannten rechtswidrigen Erfolg billigend in Kauf nimmt.⁶⁰ Dagegen handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. Von grober Fahrlässigkeit wird dabei stets dann gesprochen, wenn gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maße verstoßen wurde, also etwas nicht beachtet wird, was im konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen.⁶¹ Im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung ist ein Maßstab anzulegen, der gerade das zum Inhalt hat, was in der jeweiligen Gruppe von Versicherungsnehmern, denen auch der betroffene Versicherungsnehmer angehört, geboten erscheint.⁶² Auch der BGH⁶³ läßt nunmehr subjektive, in der Individualität des Handelnden begründete Umstände einfließen, betont aber gleichzeitig die Notwendigkeit der Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles.

Zeigt sich somit, daß der Maßstab des Verschuldens kein anderer als der im Zivilrecht ist, bleibt nur noch zu klären, welcher Verschuldensgrad gilt. Der Wortlaut der §§ 16 und 17 VVG enthält keine Einschränkung des Verschuldensmaßstabs auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, weshalb auch im Falle eines bloß leicht fahrlässigen Handelns dem Versicherungsnehmer ein Schuldvorwurf zu machen wäre. Im Rahmen von § 16 Abs. 1 VVG hat er von vornherein seine Sorgfalt darauf zu richten, alle ihm bekannten Umstände anzuzeigen, während sich im Rahmen von § 18 VVG die Sorgfaltspflicht zunächst nur auf die Beantwortung der gestellten Fragen bezieht. Hinsichtlich solcher Umstände, nach denen nicht ausdrücklich gefragt wurde, kann ihm ein Schuldvorwurf daher nur dann gemacht werden, wenn er erkannt hat, daß der Versicherer auch bestimmten, nicht ausdrücklich nachgefragten Umständen Bedeutung beimißt, und der Versicherungsnehmer diese ihm bekannten Umstände bewußt verschwiegen hat. Damit vergleichbar ist die Sachlage, daß sich der Versicherungsnehmer nach § 16 Abs. 2 Satz 2 VVG der Erkenntnis gefahrerheblicher Umstände verschließt.

2. Obliegenheiten zwischen Vertragsschluß und Versicherungsfall

Während die vorvertragliche Anzeigepflicht dafür sorgt, daß der Versicherer das Risiko bei Vertragsschluß richtig beurteilt und einstuft, haben alle Rechtssätze, welche die Gefahrerhöhung betreffen, den Zweck, nachträglich ungünstige – da eine Veränderung der Geschäftsgrundlage bedeutende – Änderungen der Gefahrenlage zu berücksichtigen. Die Regelung der gesetzlichen Obliegenheiten in den §§ 20 bis 30, 34

⁵⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 16 Anm. 44 VVG; RÖHR: a.a.O., S. 161.

⁵⁹ BGH VersR 1958, S. 389 f; VersR 1967, S. 542 f.; VersR 1969, S. 1107 f..

⁶⁰ PALANDT-HEINRICHS: § 276 Anm. 3a m.w.N.

⁶¹ BGH VersR 1957, S. 353 f.; VersR 1960, S. 626; WM 1983, S. 1009, 1011.

⁶² BRUCK/MÖLLER, a.a.O., § 6 Anm. 29 VVG; RÖHR: a.a.O., S. 162.

⁶³ BGH VersR 1968, S. 738, 739; VersR 1969, S. 848; VersR 1981, S. 948, 950.

a, 40 Abs. 1 und 42 VVG wird ergänzt durch vertragliche vorbeugende Obliegenheiten, auf die sich die §§ 6 Abs. 1 und 2, 15 a und 32 VVG beziehen.

Ziel der in den §§ 23 ff. VVG enthaltenen Vorschriften ist es, die beim Vertragsschluß bestehende Äquivalenz für den Zeitraum der Dauer des Versicherungsvertrags aufrechtzuerhalten.⁶⁴ Das dem Vertragsschluß zugrundegelegte Versicherungsrisiko soll also nicht nachträglich zu Ungunsten des Versicherers geändert werden können. Der Gesetzgeber versucht dieses Ziel dadurch zu erreichen, daß er vom Versicherungsnehmer ein Verhalten erwartet, das darauf gerichtet ist, Änderungen der bei Vertragsschluß tatsächlich vorhandenen gefahrenerheblichen Umstände zu vermeiden. Die innere Rechtfertigung folgt in erster Linie aus dem Wesen der Gefahrengemeinschaft, die davor geschützt werden muß, daß einzelne Versicherungsnehmer sich Sondervorteile auf Kosten der Gemeinschaft verschaffen.⁶⁵ Darüber hinaus verfolgen die §§ 23 ff. VVG auch den Zweck, den Versicherer davon zu entlasten, schon vor Vertragsschluß generell alle Möglichkeiten von Gefahrerhöhungen auf der Grundlage einer ex ante-Prognose einzuplanen, was konsequenterweise erhöhte Prämien zur Folge haben würde. Mit der gegenwärtigen Regelung wird die Möglichkeit eingeräumt, bestimmte Folgerungen erst aufgrund der tatsächlich eingetretenen Gefahrerhöhungen zu ziehen.⁶⁶ Dies führt dazu, daß die Versicherten-gemeinschaft von den für sie nachteiligen generellen Gefahrprognosen entlastet wird.

Ebenso wie die §§ 16 ff. VVG bauen auch die §§ 23 ff. VVG auf dem Grundgedanken auf, daß der Versicherungsnehmer die Umstände, welche für die Gefahrenanalyse von Bedeutung sind, in der Regel eher kennen wird als der Versicherer⁶⁷, was temporär betrachtet nicht nur für die Zeit bis zum formellen Vertragsschluß gilt, sondern auch danach, also für die Zeit der Vertragsdauer. Während jedoch die vorvertragliche Anzeigepflicht nur den kognitiven Bereich betrifft, knüpft § 23 Abs. 1 VVG an eine Verhaltensweise des Versicherungsnehmers an, die in der Weise auf den natürlichen Gefahrenablauf einwirkt, daß dies als Gefahrerhöhung qualifiziert werden muß. Bei solchen Verhaltensweisen handelt es sich also um vom Willen des Versicherungsnehmers getragene Handlungen.

Will man die Regelungen über die Gefahrstandspflicht einen funktionell vergleichbaren zivilrechtlichen Institut zuordnen, bietet sich die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage an.⁶⁸ Eine anerkannte Fallgruppe dieses Instituts ist unter anderem die sogenannte Äquivalenzstörung.⁶⁹

Eine Legaldefinition, die klar formuliert, was unter dem Griff der Gefahrerhöhung zu verstehen ist, hat das Versicherungsvertragsgesetz nicht getroffen. Wie schon der Wortlaut des Begriffs zeigt, muß es sich dabei um eine Gefahr handeln, die steigerungsfähig ist,⁷⁰ denn nur dann kann man davon sprechen, daß sich eine

⁶⁴ WERBER: *Die Gefahrerhöhung im deutschen, schweizerischen, französischen, italienischen, schwedischen und englischen Versicherungsrecht*, 1967, S. 2.

⁶⁵ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 4 VVG.

⁶⁶ PRÖLSS, JÜRGEN: *Der Versicherer als "Treuhänder der Gefahrengemeinschaft"* – Zur Wahrnehmung kollektiver Belange der Versicherungsnehmer durch den Privatversicherer, in: Festschrift für Lorenz, S. 487 ff., 497.

⁶⁷ SCHMIDT: *Einfluß des Verhaltens*, S. 29.

⁶⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 23 Anm. 4 VVG.

⁶⁹ MEDICUS, DIETER: *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil*, 18. Aufl., 1999, Rdnr. 857 ff.

⁷⁰ WERBER: a.a.O., S. 15.

Gefahrenlage im Vergleich zu einer früheren Gefahrenlage erhöht hat. Legt man diesen Maßstab zugrunde, so ergibt sich folgendes:

Die Schadenseintrittsgefahr, also die mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit hinsichtlich des Eintritts des Versicherungsfalles – kann Grundlage einer Gefahrerhöhung sein, da die Möglichkeit des Eintritts des Versicherungsfalles variabel ist, d.h. bei einer Beeinflussung der Gefahrenlage im negativen Sinne kann sich die Wahrscheinlichkeit erhöhen. Auch die sogenannte Schadensauswirkungsgefahr, die darauf beruht, daß der Versicherer die Einstandspflicht für bestimmte Schadensfolgen vom Gefahrenpotential der zugrunde liegenden Umstände abhängig macht – kann zu einer Gefahrerhöhung im Sinne der §§ 23 ff. VVG führen. Dagegen wird das konkrete Gefahrenereignis von der Gefahrerhöhung im Sinne der §§ 23 ff. VVG nicht erfaßt, da das Gefahrenereignis als solches nicht steigerungsfähig ist. Mit dem Begriff des konkreten Schadensereignisses wird lediglich ein konkreter Geschehensablauf beschrieben und nicht eine durch einen bestimmten Lebenssachverhalt gekennzeichnete Gefahrenlage mit einer späteren verglichen.

Vor diesem Hintergrund ist jedoch die sogenannte Vertragsgefahr einer Gefahrerhöhung zugänglich. Dafür spricht insbesondere der Gesichtspunkt, daß bei einer negativen Änderung der für eine unberechtigte – weil außerhalb der Voraussetzungen für einen Versicherungsfall liegende – Inanspruchnahme aus dem Versicherungsvertrag als wesentlich anerkannten Umstände die Regulierung durch den Versicherer wahrscheinlicher wird. Damit handelt es sich aber auch in diesem Fall um eine steigerungsfähige Gefahr.

Erforderlich ist, daß sich die Gefahrenumstände insgesamt betrachtet derart verändert haben, daß damit die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Versicherungsfalles, die Vergrößerung des Schadensumfanges oder die unberechtigte Inanspruchnahme aus dem Versicherungsverhältnis gesteigert wird. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein neuer Gefahrezustand von einiger Dauer geschaffen wird, der die Grundlage eines neuen natürlichen Schadensverlaufes sein kann.⁷¹ Daher sind als Gefahrerhöhung nur solche Vorgänge zu qualifizieren, die nicht unmittelbar zum Eintritt des Versicherungsfalles führen, sondern Grundlage eines neuen Gefahrezustandes sind, der generell den Eintritt des Versicherungsfalles wahrscheinlicher macht.⁷² Daraus erhellt, daß das durch den bloßen Zeitablauf bedingte Anwachsen des Risikos, aus dem Versicherungsverhältnis in Anspruch genommen werden zu können, noch keine relevante Gefahrerhöhung darstellt, weil der Versicherer diesen Umstand bereits in seine Gefahrenanalyse vor Vertragsschluß wegen deren genereller Vorhersehbarkeit einbezogen hat.⁷³ Von einer für den Versicherer ungünstigen nachteiligen Veränderung kann daher in diesen Fällen nicht gesprochen werden.

Maßstab für die Erheblichkeit ist der Standpunkt sachgemäßer Versicherungstechnik.⁷⁴ Danach ist entscheidend, ob die Veränderungen allgemein nach den in dem jeweiligen Versicherungszweig beherrschenden Anschauungen dem Versicherer vernünftigerweise hätten Anlaß geben können, die Versicherung aufzuheben oder nur

⁷¹ BGHZ 7, S. 311, 313 ff.; ständige Rechtsprechung, 23, S. 142, 145 f.; 50, S. 385 ff.

⁷² BGHZ 50, S. 385 ff.

⁷³ SCHMIDT: *Einfluß des Verhaltens*, S. 30; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 23 Anm. 5 VVG; BGHZ 88, S. 78, 80.

⁷⁴ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 23 Anm. 2 A d.

gegen eine erhöhte Prämie fortzusetzen.⁷⁵ Nach der in § 29 Satz 2 VVG getroffenen Regelung kann aber eine ansonsten erhebliche Gefahrerhöhung durch eine entsprechende Vereinbarung ausgeschlossen, d.h. als rechtlich irrelevant eingestuft werden.

Eine Gefahrerhöhung liegt also immer dann vor, wenn sich die Gefahrenumstände aufgrund einer vom Willen des Versicherungsnehmers gesteuerten Verhaltensweise derart ungünstig weiterentwickelt haben, daß sich die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Versicherungsfalles, der Vergrößerung der Schadensfolgen bzw. einer unberechtigten Inanspruchnahme aus dem Versicherungsverhältnis nicht nur unerheblich erhöht hat, was vom Standpunkt sachgemäßer Versicherungstechnik aus zu beurteilen ist. Soweit es sich aber lediglich um Gefahrensteigerungen von bloß vorübergehendem Charakter handelt, liegt bereits objektiv keine Gefahrerhöhung vor. Eine solche setzt vielmehr eine gewisse Stabilisierung der Gefahrensteigerung, die wiederum Grundlage für einen neuen Schadensverlauf sein kann, voraus, um als Gefahrerhöhung qualifiziert werden zu können.

Durch dieses Element der Dauer wird erreicht, daß bei all den Fällen, in denen die Veränderung der Gefahrenlage unmittelbar zur Herbeiführung des Versicherungsfalles führt, eine Gefahrerhöhung zu verneinen ist.⁷⁶ Dadurch werden die schärferen Sanktionen nach §§ 23 ff. VVG im Verhältnis zu denen des § 61 VVG ausgeschlossen. Dieses Ergebnis ist auch gerechtfertigt, denn die strengeren Rechtsfolgen der §§ 23 ff. VVG beruhen in erster Linie darauf, daß ein Zustand geschaffen wird, der zur Folge hat, daß sich mit der Gefahrerhöhung auch das Risiko des Versicherers in Anspruch genommen zu werden, erhöht. Zudem wird zu Recht vorgebracht, daß nur bei einer Gefahrerhöhung von gewisser Dauer die Anzeigepflicht nach § 23 Abs. 2 VVG nicht schon aus zeitlichen Gründen sinnlos wird.⁷⁷ Ferner würde die in § 61 VVG getroffene Regelung ohne dieses zeitliche Erfordernis inhaltlich ausgehöhlt, da nach § 61 VVG die Rechtsfolge der Leistungsfreiheit nur bei Vorsatz bzw. grober Fahrlässigkeit, die in § 25 Abs. 1 VVG normierte Rechtsfolge aber schon bei leichter Fahrlässigkeit eintritt.

Als Verletzungshandlungen kommen nur die positive Vornahme einer Gefahrerhöhung, die in einem aktiven Tun bestehen muß, und die positive Gestattung einer gefahrerhöhenden Handlung, die in einem aktiven Handeln bestehen muß,⁷⁸ in Betracht, sofern der Versicherer in diese Verhaltensweisen nicht vorher eingewilligt hat.

Nach §§ 23 Abs. 2, 27 Abs. 2 VVG ist der Versicherungsnehmer unmittelbar zur Anzeige verpflichtet, sobald er von einer Gefahrerhöhung Kenntnis erlangt. Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei um eine Wissenserklärung, die den Versicherer darüber in Kenntnis setzen soll, daß eine Änderung der Gefahrenlage zum Negativen eingetreten ist, die qualitativ eine Gefahrerhöhung darstellt.⁷⁹ Das Gesetz hat die Anzeigehandlung, die formlos möglich ist, der Initiative des Versicherungsnehmers überlassen. Insofern wird von ihm nicht nur erwartet, daß er erkennt, ob eine

⁷⁵ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 23 Anm. 2 A d; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 23 Anm. 14 VVG.

⁷⁶ BGH VersR 1951, S. 67 f.

⁷⁷ WEYERS: a.a.O., Rdnr. 542; HOFMANN: a.a.O., Kap. 2.3.2.2.

⁷⁸ BGHZ 50, S. 385, 387.

⁷⁹ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 23 Anm. 28, 35 VVG.

Veränderung der Zustände gefahrerhöhenden Charakter hat, sondern auch, ob die Gefahrerhöhung erheblich ist.

Bei der in § 23 Abs. 2 VVG geregelten subjektiven Gefahrerhöhung⁸⁰ wird der Fall erfaßt, daß der Versicherungsnehmer eine Änderung der Gefahrenumstände durch eigenes oder zurechenbares Verhalten selbst herbeigeführt oder gestattet hat, den Charakter der vertragswidrigen Gefahrerhöhung aber nicht erkannte, während eine objektive Gefahrerhöhung⁸¹ dann vorliegt, wenn sie unabhängig vom Willen des Versicherungsnehmers eingetreten ist.

Materielle Voraussetzung für das Entstehen der Anzeigepflicht ist in beiden Fallgruppen zunächst einmal, daß eine Gefahrerhöhung eingetreten ist. In aller Regel tritt die Gefahrerhöhung, die zu einer Verschiebung des Gleichgewichts zwischen Prämie und Risikoübernahme führt, in der für den Versicherer grundsätzlich nicht zugänglichen Sphäre des Versicherungsnehmers ein. Folglich ist der Versicherer darauf angewiesen, daß ihn der Versicherungsnehmer über diesen Umstand informiert.⁸² Es entspricht auch dem Interesse des Versicherers, möglichst früh von einer solchen gefahrerheblichen Änderung der Gefahrenumstände Kenntnis zu erlangen, da er berechtigterweise nicht verpflichtet bleiben möchte, auch das insoweit erhöhte Risiko zu tragen. Sofern im Einzelfall eine Gefahrerhöhung eingetreten ist, hängt die Verpflichtung zur Anzeige nicht davon ab, ob der Versicherungsnehmer Kenntnis von der Änderung der Gefahrenlage erlangt hat.⁸³ Darunter ist die positive Kenntnis⁸⁴ hinsichtlich der veränderten Umstände sowie das Erkennen des gefahrerhöhenden Charakters dieser Veränderungen⁸⁵ zu verstehen. Andererseits entfällt aber die Anzeigepflicht immer dann, wenn der Versicherer auf anderem Weg von der betreffenden Gefahrerhöhung erfährt.⁸⁶

3. Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles

Welche Obliegenheiten der Versicherte hat, wenn die versicherte Gefahr sich in einem Schadensfall realisiert hat, ist in den §§ 33, 34 und 62 VVG geregelt.

a) Die Anzeigepflicht

Nach § 33 VVG hat der Versicherungsnehmer, sobald er vom Eintritt des Versicherungsfalles Kenntnis erlangt, dem Versicherer hiervon unverzüglich Anzeige zu machen. Durch die Anzeige soll dem Versicherer die Möglichkeit eingeräumt werden, sich in die Schadensermittlung und die Schadensverhandlungen selbst einzuschalten⁸⁷, um so eigene für notwendig gehaltene Feststellungen treffen und Beweise sichern zu können. Somit kommt der Anzeige auch die Funktion zu, durch frühes Einschalten des Versicherers Nachteile für die Gefahrengemeinschaft, die aus

⁸⁰ WERBER: a.a.O., S. 37; EICHLER: a.a.O., S. 63.

⁸¹ WERBER: a.a.O., S. 47; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 23 Anm. 18 VVG.

⁸² WERBER: a.a.O., S. 48.

⁸³ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 23 Anm. 34 VVG; PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 23 Anm. 5 VVG.

⁸⁴ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 23 Anm. 5 VVG.

⁸⁵ WERBER: a.a.O., S. 55; BGH VersR 1969, S. 177 f.; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 23 Anm. 34 VVG.

⁸⁶ KLINGMÜLLER: a.a.O., S. 75, 84.

⁸⁷ BHH VersR 1964, S. 1190 f.; 1968, S. 58 f.

einer verspäteten "Ermittlungstätigkeit" des Versicherers resultieren können, möglichst zu vermeiden.⁸⁸ Rechtsdogmatisch handelt es sich bei der Anzeige nach § 33 VVG, ebenso wie bei der Anzeige der Gefahrerhöhung, um eine Wissenserklärung.⁸⁹ Gegenstand dieser Erklärung ist die grundsätzlich formfreie Mitteilung des Eintritts des Versicherungsfalles, der die Leistungspflicht des Versicherers begründet.⁹⁰

Erste Voraussetzung, an die das Gesetz das Entstehen der Anzeigepflicht anknüpft, ist der Eintritt des Versicherungsfalles. Darunter wird im allgemeinen der Inbegriff all derjenigen Voraussetzungen verstanden, die vorliegen müssen, um die Leistungspflicht des Versicherers zu charakterisieren⁹¹. Unter welchen Voraussetzungen man von einem Versicherungsfall sprechen kann, richtet sich folglich nach der jeweiligen Ausgestaltung des Versicherungsvertrags, der genau beschreibt, vor welchen Gefahren der Versicherungsnehmer sich wirtschaftlichen Schutz "erkauft" hat.

Im Rahmen der zeitlichen Eingrenzung des Versicherungsfalles soll dem Umstand Rechnung getragen werden, daß der Eintritt des Versicherungsfalles nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt fixiert sein muß, sondern sich auch über einen längeren Zeitraum erstrecken kann.⁹² Dies ist darauf zurückzuführen, daß vielen Gefahrbegriffen die Möglichkeit einer gewissen Dauer inhärent ist.⁹³ Soweit sich danach das versicherte Ereignis über einen längeren Zeitraum erstreckt, spricht man auch von sog. "gedehnten Versicherungsfällen". Aufgrund dieser Sachlage sieht sich die Praxis oft mit dem Problem konfrontiert, ob ein möglicher Versicherungsfall sich noch innerhalb der vertraglichen Haftungszeit ereignet hat. Wo im konkreten Fall der Beginn und das Ende des Versicherungsfalles liegen, kann nicht generell gesagt werden. Dies hängt, da es keinen einheitlichen Begriff des "Versicherungsfalles" gibt,⁹⁴ von der konkret versicherten Gefahr ab.

Da der Versicherer daran interessiert ist, möglichst früh in die Schadensermittlungen und Schadensverhandlungen eingeschaltet zu werden, kann dies hinsichtlich der Anzeige des Versicherungsfalles nur bedeuten, daß hier der Beginn des Versicherungsfalles der maßgebliche Zeitpunkt ist. Dieser Zeitpunkt ist denn auch entscheidend für die Beurteilung der Unverzüglichkeit der Anzeige nach § 33 Abs. 1 VVG. Nicht ausgeschlossen ist, daß in Sonderregelungen, wie z.B. § 9 Abs. 1 MBKK – danach ist eine Krankenhausbehandlung binnen 10 Tagen nach ihrem Beginn anzuzeigen –, eine Konkretisierung des Merkmals der Unverzüglichkeit erfolgt.

Gegenstand der Anzeigepflicht sind nur solche Ereignisse, die auch geeignet sind, die Leistungspflicht des Versicherers auszulösen.⁹⁵ Es muß sich danach um Geschehensabläufe handeln, die vom Versicherer noch gedeckt werden, also in die Risikosphäre des Versicherungsvertrages mit einbezogen sind. Da der Versicherungsvertrag aber nicht alle Gefahrumstände, die zur Risikorealisation führen können, im einzelnen aufführen kann, stellt sich oftmals das Problem, ob bestimmte

⁸⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 33 Anm. 3 VVG.

⁸⁹ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 33 Anm. 18 VVG.

⁹⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 33 Anm. 17 VVG.

⁹¹ WEYERS: a.a.O., Rdnr. 551.

⁹² PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 1 Anm. 3 VVG; EICHLER: a.a.O., S. 65.

⁹³ MÖLLER, HANS: *Gedanken zum gedehnten Versicherungsbegriff*, in: Festschrift für Eichler, 1977, S. 411, 413.

⁹⁴ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 1 Anm. 49 VVG.

⁹⁵ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 33 Anm. 8 VVG.

Geschehensabläufe vom Versicherungsvertrag noch gedeckt sind. Nach herrschender Auffassung⁹⁶ bestimmt sich dies nach der auch im allgemeinen Schadensrecht geltenden "Adäquanz-Theorie". Danach kommt es entscheidend darauf an, ob ein Geschehensablauf nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet war, die gesicherte Gefahr zu realisieren. Es ist also erforderlich, daß sich gerade die durch den Versicherungsvertrag umschriebene Gefahr im Versicherungsfall verwirklicht. Dem Schutzzweckgedanken des Versicherungsvertrages sollte dabei aber eine gewisse Korrekturfunktion zuerkannt werden.⁹⁷

Insgesamt kann festgehalten werden, daß mit der zeitlichen und gegenständlichen Komponente zwei Eckpfeiler existieren, die den "Versicherungsfall" in der Weise determinieren, daß es im Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände möglich erscheint, eine Einordnung des zu beurteilenden Lebenssachverhaltes vorzunehmen. Entscheidend ist also, ob das Ereignis, das die Leistungspflicht des Versicherten auslösen soll, nach dem konkreten Zweck des Versicherungsvertrages eine Realisierung des vom Versicherer übernommenen Risikos darstellt und auch zeitlich in diesen Realisierungszeitraum fällt.

Voraussetzung der Anzeigepflicht ist auch die Kenntnis des Versicherungsnehmers vom Eintritt des Versicherungsfalls. Unter Kenntnis ist in diesem Zusammenhang nur die positive Kenntnis⁹⁸ des Versicherungsnehmers hinsichtlich der maßgeblichen Tatsachen zu verstehen. Nicht ausreichend ist es daher, wenn der Versicherungsnehmer lediglich Kenntnis hätte haben können oder müssen. Daraus kann weiter abgeleitet werden, daß es auf fahrlässige Unkenntnis nicht ankommt, weshalb selbst grob fahrlässiges Nichtwissen rechtlich irrelevant ist.⁹⁹ Die Rechtfertigung dieser Interpretation des § 33 Abs. 1 VVG folgt schon daraus, daß diese Norm dem Versicherungsnehmer keine "Nachforschungspflicht" auferlegt, sondern nur die Weitergabe bekanntgewordener Umstände, aus denen sich das Vorliegen eines Versicherungsfalles ergibt. Dem ist zu entnehmen, daß sich die Kenntnis nicht nur auf die bloße Tatsachenkenntnis beziehen muß, sondern auch darauf, daß das Ereignis aus Sicht des Versicherungsnehmers möglicherweise die Voraussetzungen eines Versicherungsfalles erfüllt.¹⁰⁰

Sind dem Versicherungsnehmer danach anzeigepflichtige Umstände bekanntgeworden, hat er die erforderliche Anzeige unverzüglich, d.h. nach § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern zu machen. Da es sich – wie festgestellt – um eine Wissenserklärung handelt, ist § 33 Abs. 2 VVG tatbestandlich so zu verstehen, daß bei Kenntnis des Versicherers vom Versicherungsfall keine Anzeigepflicht seitens des Versicherungsnehmers besteht. Eine Nichtanzeige wäre in diesem Fall somit sanktionslos. Liegen die Voraussetzungen vor, nach denen der Versicherungsnehmer dem Versicherer gegenüber eine Anzeige zu machen hätte, und tut er dies nicht, so verstößt er gegen § 33 Abs. 1 VVG, wenn er den Versicherungsfall nicht anzeigt, obwohl er die Versicherung in Anspruch nehmen will, denn nur in diesem Fall kann

⁹⁶ WEYERS: a.a.O., Rdnr. 558; DEUTSCH: a.a.O., Rdnr. 154.

⁹⁷ WEYERS: a.a.O., Rdnr. 559; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 59 Anm. 146 VVG.

⁹⁸ BGH VersR 1970, S. 1045 f.

⁹⁹ BGH VersR 1967, S. 56, 58.

¹⁰⁰ LG Kaiserslautern VersR 1965, S. 278, 279.

ihm vorgehalten werden, daß er sich nicht so verhält, wie es von einem ordnungsgemäß handelnden Versicherungsnehmer erwartet wird. Die qualitativ defizitäre Anzeige ist so zu behandeln, als wäre sie nicht erfolgt. Es dürfen allerdings keine überzogenen Anforderungen an den Umfang der Anzeige gestellt werden, um so die Grenzziehung zur Auskunftspflicht nach § 34 VVG noch wahren zu können. Ist die Anzeige inhaltlich so erschöpfend, daß sich der Versicherer damit ohne weiteres in die Schadensermittlung einschalten kann, erfüllt sie ihre Funktion.¹⁰¹ Andererseits reicht es aber nicht aus, wenn sich die Anzeige in der bloßen Mitteilung erschöpft, daß ein Versicherungsfall eingetreten ist.¹⁰² Hier liegt eine qualitativ unzureichende Anzeige vor, die ihre Funktion nicht erfüllen kann und daher so zu behandeln ist, als wäre überhaupt keine Anzeige erfolgt.

b) Die Auskunftspflicht

In unmittelbarem Zusammenhang mit der in §§ 33 VVG geregelten Anzeigepflicht steht die Auskunfts- und Belegpflicht nach § 34 VVG. Dieser Norm zufolge kann der Versicherer vom Versicherungsnehmer verlangen, daß dieser ihm jede Auskunft erteilt, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist. Belege kann der Versicherer dagegen nur insoweit fordern, als deren Beschaffung vom Versicherungsnehmer billigerweise erwartet bzw. ihm zugemutet werden kann. Diese Regelungen beruhen auf der Vorstellung, daß die bloße Anzeige des Versicherungsfalles dem Informationsbedürfnis des Versicherers, trotz der dadurch eingeräumten Möglichkeit, sich in die Schadensermittlungen und die Schadensverhandlungen einzuschalten, bei weitem noch nicht genügt.

Zweck dieser Vorschrift ist es, den Versicherungsnehmer zu veranlassen, dem Versicherer all diejenigen Umstände mitzuteilen, die ihn objektiv in die Lage versetzen, eine sachgemäße Entscheidung zu treffen. Um das Ziel einer auf richtigen und vollständigen Tatsachen beruhenden Entscheidung zu realisieren, verlangt das Gesetz daher vom Versicherungsnehmer neben der Anzeige des Versicherungsfalles auch die Auskunft über bestimmte Umstände sowie die Vorlage von Belegen zu deren Nachweis, erwartet also vom Versicherungsnehmer ein Verhalten, das darauf gerichtet ist, nach besten Kräften mitzuwirken, so daß letztlich die Versichertengemeinschaft nicht infolge unrichtiger Sachentscheidungen unnötig belastet wird. In rechtsdogmatischer Hinsicht ist die Auskunft, ebenso wie die Anzeige, als eine Wissenserklärung zu qualifizieren, da die Auskunftserteilung die Mitteilung bestimmter versicherungsrelevanter Umstände zum Gegenstand hat.

Neben dem Eintritt des Versicherungsfalles hängt das Entstehen der Auskunftspflicht expressis verbis von einem entsprechenden Verlangen des Versicherers ab. Bei diesem Verlangen handelt es sich rechtsdogmatisch um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung,¹⁰³ durch die der Versicherer ein Gestaltungsrecht ausübt. Verlangt der Versicherer die Auskunft, dann wird die mit dem Eintritt des

¹⁰¹ BGH VersR 1968, S. 58 f.

¹⁰² OLG Braunschweig VersR 1956, S. 172 f.; FLECK, HANS-JOACHIM: *Anm. zum Urteil des BGH vom 19.03.1956 (LZA 10/56)*, in: VersR 1956, S. 316 f.

¹⁰³ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 34, Anm. 6 VVG.

Versicherungsfalles latent bestehende Auskunftspflicht in der Weise aktualisiert, daß sie nunmehr vom Versicherungsnehmer erfüllt werden muß, soweit diesem ein entsprechendes Auskunftsverlangen zugeht.¹⁰⁴

Nur ausnahmsweise wird von der Rechtsprechung eine spontan zu erfüllende Auskunftspflicht verlangt. So muß der Versicherungsnehmer falsche Angaben von sich aus berichtigen¹⁰⁵ oder den Versicherer auf einen diesem unterlaufenen Irrtum, soweit der Versicherungsnehmer dies erkannt hat, hinweisen.¹⁰⁶ Hat der Versicherer die Auskunftspflicht durch ein entsprechendes Auskunftsverlangen des Versicherers ausgelöst, so endet die Auskunftspflicht erst dann wieder, wenn der Versicherer seine Leistung erbracht hat.¹⁰⁷ Deshalb kann der Versicherer auch mehrfach nacheinander Auskünfte verlangen.

Durch die Auskunft soll dem Versicherer die Kenntnis derjenigen Umstände verschafft werden, die als Grundlage für eine sachgemäße Entscheidung notwendig sind. Ist der Versicherte bereits im "Besitz" dieses Wissens, so verliert die Auskunft ihren wesensmäßigen Charakter als Instrument der Wissensvermittlung und damit auch ihre funktionelle Berechtigung. Deshalb ist auch hier, wie bereits bei der Anzeigepflicht, die Unkenntnis des Versicherers objektive Voraussetzung dafür, daß durch das Anzeigeverlangen die Anzeigepflicht ausgelöst, d.h. zum Entstehen gebracht werden kann.

In der Praxis spielt dabei die Beantwortung formularmäßig gestellter Fragen eine große Rolle.¹⁰⁸ In der Regel genügt der Versicherungsnehmer den sich aus § 34 Abs. 1 VVG ergebenden Anforderungen, wenn er die Fragen richtig und vollständig beantwortet. In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, daß § 34 VVG die Auskunftspflicht nicht davon abhängig macht, ob der Versicherungsnehmer die erforderliche Kenntnis schon besitzt. Soweit dies nicht der Fall ist, muß er sich diese durch entsprechende Nachforschungen – im Gegensatz zu § 16 VVG – verschaffen.¹⁰⁹ Diese Nachforschungspflicht darf jedoch nicht im Sinne einer globalen Erkundigungspflicht, die bereits durch den Eintritt des Versicherungsfalles ausgelöst wird, verstanden werden. Vielmehr ist sie zeitlich durch das Verlangen und gegenständlich durch die entsprechenden Fragen des Versicherers begrenzt.

Andererseits ist in der Rechtsprechung die Tendenz erkennbar, die Auskunft des Versicherungsnehmers nicht in jedem Fall auf die vollständige und wahrheitsgemäße Beantwortung der gestellten Fragen zu beschränken. Vielmehr wird es für zulässig erachtet, darüber hinaus vom Versicherungsnehmer die Angabe all derjenigen Umstände zu verlangen, die auf die Leistungspflicht des Versicherers von Einfluß sein können. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß auch vom Versicherungsnehmer, als Ausstoß der versicherungsrechtlichen Vertragsbeziehung, erwartet werden kann, nach besten Kräften daran mitzuwirken, daß der Versicherer sachlich korrekte Entscheidungen treffen kann. Daher kann vom Versicherungsnehmer erwartet werden, daß er über den konkreten Frageninhalt hinaus über all diejenigen Umstände, die Einfluß auf

¹⁰⁴ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 34 Anm. 1 VVG.

¹⁰⁵ BGH VersR 1956, S. 365 f.; PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 34 Anm. 7 VVG.

¹⁰⁶ OLG Hamm VersR 1983, S. 1124; LG Osnabrück VersR 1982, S. 136 f.

¹⁰⁷ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 34 Anm. 8 VVG.

¹⁰⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 34 Anm. 20 VVG.

¹⁰⁹ BGH VersR 1969, S. 694; PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 34 Anm. 2 VVG.

die Beurteilung der Leistungspflicht und des Leistungsumfanges haben können, Angaben macht.

Als Verletzungshandlungen in Bezug auf die Auskunftspflicht können die Nicht- und die Schlechterfüllung¹¹⁰ unterschieden werden. Während von einer Nichterfüllung nur dann gesprochen werden kann, wenn der Versicherungsnehmer auf ein Auskunftsverlangen nicht reagiert hat, kann die Schlechterfüllung sich sowohl durch quantitative – also umfangmäßig unzureichende – als auch durch qualitative – verfälschte – Defizite auszeichnen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß der Gesetzgeber mit der Normierung der Auskunftspflicht in § 34 Abs. 1 VVG die Intention verfolgt hat, die Abwicklung des Versicherungsfalles als kooperative Aufgabe zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer zum Schutze der versicherten Gemeinschaft zu statuieren. Auf diese Weise soll nicht nur die Schadensregulierung, also die Klärung des Versicherungsfalles sowie der Höhe des Leistungsanspruches, effektiviert, sondern auch Möglichkeiten der Schadensbegrenzung realisiert werden. Insgesamt betrachtet handelt es sich damit um eine Verhaltensregelung, die für eine ausgewogene Verhaltensordnung unverzichtbar und damit von grundlegender Bedeutung ist.

c) Die Belegpflicht

Die Belegpflicht nach § 34 Abs. 2 VVG dient dazu, die dem Versicherer gegenüber gemachten Angaben zu erhärten.¹¹¹ Hier kommt insbesondere der Urkunde als wohl häufigster Form des Belegnachweises große Bedeutung zu. Das insoweit vom Versicherungsnehmer verlangte Verhalten besteht damit nicht in der Abgabe einer Wissenserklärung, sondern ist rechtlich als Realakt zu qualifizieren.

Grundvoraussetzung der Beschaffungspflicht ist zunächst einmal, daß die verlangten Belege objektiv betrachtet überhaupt beschaffbar und für die Abwicklung des Versicherungsfalles erforderlich sind. Jedoch erfolgt eine weitere sachliche Beschränkung durch das Merkmal der Zumutbarkeit. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß das Bestehen einer Beibringungspflicht nicht allein von einem objektiven Maßstab abhängig gemacht werden darf, sondern auch den persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten des Versicherungsnehmers eine entscheidende Rolle zukommen soll. Das kann im Einzelfall eine Interessenabwägung erfordern. Hierbei sind auf Versichererseite Art, Bedeutung, Glaubhaftigkeit sowie Selbstbeschaffbarkeit der Angaben und auf Seiten des Versicherungsnehmers der finanzielle und zeitliche Aufwand, die Beschaffbarkeit von dritter Seite usw. zu berücksichtigen. Erst dann kann entschieden werden, ob vom Versicherungsnehmer eine Belegpflicht verlangt werden kann.

d) Schadensbegrenzung

Die in § 62 VVG geregelte Schadensabwendungs- und -minderungspflicht wird gewöhnlich als "Rettungspflicht" bezeichnet.¹¹² Dem Wortlaut des § 62 Abs. 1 VVG ist

¹¹⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 34 Anm. 34 VVG.

¹¹¹ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 34 Anm. 23 VVG.

¹¹² EICHLER: a.a.O., S. 43, 47, 280; HOFMANN: a.a.O., Kap. 3.4.5.1.; WEYERS: a.a.O., Rdnr. 578.

zu entnehmen, daß der Gesetzgeber vom Versicherungsnehmer ein Verhalten verlangt, das darauf gerichtet ist, einen drohenden Schaden zu vermeiden, oder bei einem bereits eingetretenen Schaden dessen Ausweitung entgegenzutreten. Danach ist diese Regelung ganz allgemein auf den Gedanken der Schadensverhütung zurückzuführen.¹¹³

Die Einbindung des einzelnen Versicherungsverhältnisses in eine Gemeinschaft verlangt von jedem einzelnen Versicherungsnehmer, sowohl auf die Interessen der anderen wie auch die der Gemeinschaft als solcher Rücksicht zu nehmen.¹¹⁴ In diesem Zusammenhang kommt dem Grundsatz von Treu und Glauben eine nicht unerhebliche Ordnungsfunktion innerhalb dieser Gemeinschaft zu. Treuwidrig handelt dabei insbesondere derjenige, bei dem die Folgen seines Handelns über den eigenen Rechtskreis hinaus auch andere treffen.¹¹⁵

Die Rettungspflicht betrifft eine zeitlich genau bestimmte Verhaltensweise. Danach wird vom Versicherungsnehmer verlangt, daß er sich während eines bestimmten Zeitraumes auch in bestimmter Weise verhält.¹¹⁶ Insoweit gewinnt auch die zeitliche Komponente der Rettungspflicht an Bedeutung. Ausgehend vom Wortlaut des § 62 Abs. 1 VVG setzt die Rettungspflicht "bei Eintritt des Versicherungsfalles" ein. Würde man ihre Voraussetzungen erst mit Eintritt des Schadens annehmen, so reduzierte sie sich auf eine bloße Verhinderung der Schadensausweitung, während eine bloß abstrakte Möglichkeit einer Gefahrenrealisierung nicht ausreicht, um die Schadensabwendungspflicht auszulösen. Geht man davon aus, daß § 62 VVG eine Konkretisierung des in § 242 BGB normierten allgemeinen Rechtsgedankens, wonach der Versicherungsnehmer auch zur Rücksichtnahme gegenüber der Versicherten-gemeinschaft verpflichtet ist, darstellt, wird man eine konkrete Gefahrensituation fordern müssen, da erst hier innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes mit einer Wahrscheinlichkeit der Eintritt einer Störung erwartet werden muß und deshalb Anlaß besteht, dem Schadenseintritt entgegenzutreten, um so noch rechtzeitig einen Schaden am Versichertengut abwenden zu können.

Nach der einen Ansicht¹¹⁷ soll die "Rettungspflicht" so lange bestehen, als der Schaden noch abgewendet oder gemindert oder der Umfang der Entschädigung noch positiv beeinflusst werden kann, während die Gegenmeinung¹¹⁸ die Grenzen etwas enger zieht und die Rettungspflicht enden läßt, sobald der Versicherungsschaden abgeschlossen ist. Der primäre Zweck der Rettungspflicht, nämlich die Versicherten-gemeinschaft vor Schaden zu schützen und damit finanziell zu entlasten, spricht im Ergebnis dafür, die Rettungspflicht so lange andauern zu lassen, als die tatsächliche Möglichkeit besteht, einen Schaden noch abzuwenden.

In der Rechtsprechung¹¹⁹ ist anerkannt, daß diese Verhaltensanforderung nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Maßnahme gegeben ist. Entscheidend ist das Ziel, nicht

¹¹³ WILKENS, ECKHARDT: *Die Rettungspflicht – Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 1990, S. 1.

¹¹⁴ WILKENS: a.a.O., S. 3; Amtliche Begründung zu § 62 VVG, S. 77.

¹¹⁵ WILKENS: a.a.O., S. 3.

¹¹⁶ SIEBECK, WOLFGANG: *Die Schadensabwendungs- und minderungspflicht*, 1963, S. 43; WILKENS: a.a.O., S. 53.

¹¹⁷ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 62 Anm. 1 B VVG.

¹¹⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 62 Anm. 18.

¹¹⁹ BGH VersR 1972, 1039 f. = NJW 1972, S. 1809; LG Hamburg VersR 1984, S. 1088.

der Erfolg der Maßnahme.¹²⁰ Nach § 63 Abs. 1 Satz 1 VVG hat der Versicherer die sogenannten Rettungskosten auch bei Erfolglosigkeit der Maßnahme zu tragen. Welche Maßnahme nun als Rettungsleistung angesehen werden kann, richtet sich nach der konkreten Gefahrenlage. Dabei bezieht sich die Abwendungs- bzw. Minderungspflicht ihrem Inhalt nach auf den Schaden und nicht auf den Versicherungsfall,¹²¹ da es eine generelle Obliegenheit zur Verhütung eines Versicherungsfalles nicht gibt.

Der Versicherungsnehmer hat nur "nach Möglichkeit" für die Schadensabwehr bzw. -minderung zu sorgen, was rechtsdogmatisch als eine normimmanente Grenze zu qualifizieren ist. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß auch das Versicherungsverhältnis so auszugestalten ist, wie es dem Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsätzen der Verkehrssitte nach erforderlich ist.¹²² Inhaltlich ist die vom Gesetz gezogene Mitwirkungsgrenze in der Weise zu konkretisieren, daß vom Versicherungsnehmer nur ein solches Verhalten erwartet werden kann, das ihm auch zuzumuten ist.¹²³ Dabei ist dieser Maßstab nicht nur als Obergrenze dafür anzusehen, was vom Versicherungsnehmer äußerstenfalls verlangt werden kann, sondern auch als Untergrenze, die einen Mindestinhalt festlegt, soll der Versicherungsnehmer der sogenannten Rettungspflicht noch genügen.¹²⁴ Bei der Feststellung des allgemein zumutbaren Verhaltens soll dieses vom Standpunkt eines ordentlichen Betrachters beurteilt werden.¹²⁵ Der Zusammenschluß einer Vielzahl gleichartig Gefährdeter zu einer Risikoausgleichsgemeinschaft verlangt, daß alle Versicherungsnehmer grundsätzlich gleichbehandelt werden. Was im Einzelfall verlangt werden kann, richtet sich danach, wie ein sorgfältiger Versicherungsnehmer gehandelt hätte. Dies ist aufgrund einer Prognose, bezogen auf den Zeitpunkt der Rettungshandlung zu entscheiden.¹²⁶ Damit ist nicht die im Verkehr praktizierte Sorgfalt, sondern das von einem ordentlichen Versicherungsnehmer zu erwartende Verhalten maßgebend. Soweit danach Maßnahmen zumutbar sind, im Einzelfall aber eine unbillige Härte darstellen würden, kann der Verschuldensmaßstab als Korrektiv dafür dienen¹²⁷, den bestehenden Konflikt einem gerechten Ausgleich zuzuführen.

Die Regelungen in § 62 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz und 2. Halbsatz VVG zeigen darüber hinaus, daß der Gesetzgeber dem Versicherer die Befugnis eingeräumt hat, das vom Versicherungsnehmer hinsichtlich der Schadensabwehr bzw. -minderung erwartete Verhalten inhaltlich zu konkretisieren. Um diesem Ziel auch rechtlich Geltung zu verschaffen, räumt das Gesetz dem Versicherer die Möglichkeit ein, dem Versicherungsnehmer Weisungen zu erteilen, die dieser auch zu befolgen hat, wobei sich auch hier die Weisung innerhalb der Grenzen der Zumutbarkeit halten muß.¹²⁸ Ferner braucht der Versicherungsnehmer eine Weisung auch dann nicht zu befolgen, wenn er sie im Hinblick auf seine Schadensabwehrungs- bzw. -minderungspflicht für unzweckmäßig hält. Jedoch gebietet es hier der Grundsatz von Treu und Glauben, daß

¹²⁰ BRUCK: a.a.O., S. 344; SIEBECK: a.a.O., S. 27 f.

¹²¹ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 62 Anm. 17 VVG.

¹²² PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., Vorb. II 3 VVG; RITTER-ABRAHAM: a.a.O., S. 47.

¹²³ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 62 Anm. 2 a VVG.

¹²⁴ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 62, Anm. 33 VVG.

¹²⁵ BGH NJW 1972, S. 1809 f.

¹²⁶ BGH VersR 1972, S. 1039 f.

¹²⁷ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 62 Anm. 33 VVG.

¹²⁸ SIEBECK: a.a.O., S. 79.

er sich mit dem Versicherer zwecks Klärung der bestehenden Diskrepanzen zumindest in Verbindung setzt.

Um diesem Interesse des Versicherers zu genügen, hält das Gesetz den Versicherungsnehmer aber nicht nur für verpflichtet, Weisungen zu befolgen. Vielmehr hat er solche Weisungen einzuholen, wenn es die Umstände gestatten. Durch eine vollständige Schadensanzeige soll er aber dieser Pflicht bereits genügen.¹²⁹ Zudem folgt aus einem *argumentum e contrario*, daß derjenige, dem ein Weisungsrecht zusteht, auch selbst berechtigt sein muß, Rettungsmaßnahmen zu ergreifen. Dies bedingt im Gegenzug beim Versicherungsnehmer eine gewisse Duldungspflicht¹³⁰ hinsichtlich solcher Maßnahmen.

Unter welchen Voraussetzungen eine Verletzung der in § 62 VVG vorausgesetzten Verhaltensweise vorliegt, richtet sich im wesentlichen danach, welche Verhaltensanforderungen im konkreten Einzelfall von dem Versicherungsnehmer zu erfüllen sind. Ganz allgemein wird man hier eine Verletzungshandlung insbesondere dann bejahen können, wenn der Versicherungsnehmer trotz physisch realer Möglichkeit und subjektiver Zumutbarkeit einen abwendbaren Schadenseintritt nicht verhindert oder es unterläßt, einen bereits eingetretenen Schaden zu minimieren. Danach ist ein Versicherungsnehmer nach Eintritt eines Versicherungsfalles grundsätzlich gehalten, nur solche kostenträchtigen Maßnahmen zu ergreifen, die auch ein Nichtversicherter in gleicher Lage durchführen würde.¹³¹ Im Rahmen des Weisungsrechts verstößt der Versicherungsnehmer gegen die von ihm zu erfüllenden Verhaltensanforderungen, wenn er zumutbare Weisungen nicht einhält oder rechtmäßig erteilte Weisungen nicht befolgt.

4. Die vertraglichen Obliegenheiten

Das Versicherungsvertragsgesetz differenziert, wie bereits erwähnt, grundsätzlich zwischen solchen "Obliegenheiten", die vor oder nach dem Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen sind und je nach gesetzlicher Regelung für alle oder nur bestimmte Versicherungszweige gelten.¹³² Neben diesen gesetzlichen Verhaltensanforderungen können dem Versicherungsnehmer aber auch im Rahmen des Versicherungsvertrages, also vertraglich, weitere "Obliegenheiten" auferlegt werden. In funktioneller Hinsicht können solchen vertraglichen Obliegenheiten ganz unterschiedliche Bedeutungen zukommen. So können sie entweder dispositive gesetzliche Obliegenheiten modifizieren bzw. abbedingen oder auch über die gesetzlichen Obliegenheiten hinausgehende, völlig neue Verhaltensanforderungen begründen.¹³³ Letzteres folgt schon aus § 32 VVG, der davon ausgeht, daß Verhaltensanforderungen zur Verhinderung von Gefahren oder zur Verhütung einer Gefahrerhöhung vereinbart werden können.

¹²⁹ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 62 Anm. 3 a VVG; a.A. BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 62 Anm. 22 VVG.

¹³⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 62 Anm. 33 VVG.

¹³¹ OLG Hamm, MDR 1990, S. 926 f.

¹³² BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 16 VVG.

¹³³ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 16 VVG.

a) Abgrenzung zwischen §§ 23 ff. VVG und § 32 VVG

Wenn eine bestimmte Verhaltensweise von mehreren Vorschriften erfaßt wird, stellt sich die Frage, ob die betreffenden Regelungen zueinander in Konkurrenz stehen oder sich gegenseitig ausschließen. Diese Frage stellt sich auch im Hinblick auf die gesetzlichen Gefahrstandsregelungen nach den §§ 23 ff. VVG und den auf vertraglichen Vereinbarungen beruhenden Gefahrstandsregelungen nach § 32 VVG. Diesbezüglich sind die Meinungen in der Literatur geteilt.

Prölss/Martin¹³⁴ vertreten die Auffassung, daß sowohl die §§ 23 ff. VVG als auch die §§ 6 und 32 VVG angewandt werden können, soweit die tatsächliche Gestaltung des Falles es erlaubt.¹³⁵ Dagegen differenzieren Bruck/Möller¹³⁶ danach, ob die vertraglichen Obliegenheiten nach § 32 VVG ein Tun oder ein Unterlassen vorschreiben. Für den Fall, daß Gegenstand der vorbeugenden Obliegenheit ein Tun ist, wird eine Konkurrenz in Form eines tatbestandlichen Nebeneinanders verneint, da sich die gesetzliche Gefahrstandspflicht nach den §§ 23 ff. VVG auf das Unterlassen einer Gefahrerhöhung beschränkt. Da aber die Verminderung der Gefahr in der Regel ein Tun erfordert, scheidet hier eine Konkurrenz aus. Nur soweit hinsichtlich der Verhütung einer Gefahrerhöhung vom Versicherungsnehmer ein Unterlassen gefordert wird, soll eine Konkurrenz mit den §§ 23 ff. VVG möglich sein.

Dafür, daß im Grundsatz von einer Konkurrenz der fraglichen Regelungsbereiche auszugehen ist, spricht schon der Wortlaut der Regelung in § 32 VVG. Danach werden vertragliche Obliegenheiten durch die Regelungen über die Gefahrerhöhung nach §§ 23 ff. VVG "nicht berührt". Dem § 32 VVG kann kein Anhaltspunkt dafür entnommen werden, daß die Rechtsfolgen der Gefahrstandsvorschriften nach §§ 23 ff. VVG generell im Falle der Verletzung vertraglicher Obliegenheiten durch deren Rechtsfolgen derogiert werden sollen.¹³⁷ Inhaltlich stellen die vorbeugenden Obliegenheiten nach § 32 VVG mehr auf ein aktives Verhalten, dagegen die §§ 23 ff. VVG mehr auf ein passives Verhalten ab. Abweichungen in beide Richtungen sind jedoch möglich, so daß es zu Überschneidungen beider Regelungsbereiche kommen kann. Auch der BGH vertritt in seiner neueren Rechtsprechung¹³⁸ die Ansicht, daß die §§ 23 ff. VVG grundsätzlich neben den §§ 6 und 32 VVG anwendbar sind. Daß dieser Entscheidung ein Fall zugrunde lag, in dem mit der Verletzung einer Sicherheitsvorschrift eine Gefahrerhöhung verbunden war, ändert nichts an der darin zum Ausdruck kommenden Grundtendenz, wonach allein die Vereinbarung vertraglicher Obliegenheiten noch keinen Verzicht auf die Rechtsfolgen der §§ 23 ff. VVG bedeutet. Soweit also gegen die neben den vertraglichen Obliegenheiten bestehenden gesetzlichen Obliegenheiten verstoßen wird, kommt diesem Verstoß eine selbständige Bedeutung zu, auch wenn die Gefahrerhöhung auf die Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit zurückzuführen ist. Eine Ausnahme – mit der Wirkung, daß die §§ 23 ff. VVG ausgeschlossen sind – erfährt dieser Grundsatz aber dann, wenn die vorbeugenden vertraglichen Obliegenheiten inhaltlich derart komplex ausgestaltet

¹³⁴ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 32 Anm. 1.

¹³⁵ So schon BGH BGHZ 4, S. 369, 377.

¹³⁶ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 32 Anm. 9 f. VVG.

¹³⁷ BGH VersR 1987, S. 921 f.

¹³⁸ BGH VersR 1987, S. 921 f.

sind, daß sie zu Sondertatbeständen erwachsen, die einen eigenständigen, spezifischen Charakter haben, und damit die §§ 23 ff. VVG verdrängen.

b) Die Bedeutung von § 6 VVG

Wegen der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, vertragliche Obliegenheiten zu vereinbaren, besteht aber auch die Gefahr, daß der Versicherer seine stärkere Verhandlungsposition ausnutzt und den Versicherungsnehmer unangemessen in diesem Zusammenhang benachteiligt.

Der Gesetzgeber war daher von vornherein darum bemüht, einer ausufernden Versicherungspraxis in diesem Bereich einen Riegel vorzuschieben. In diesem Zusammenhang kommt der Regelung in § 6 VVG eine zentrale Bedeutung zu. Diese Norm verfolgt nämlich den Zweck, dem Versicherungsnehmer einen gewissen Mindestschutz zu gewährleisten, sofern als Sanktion für einen Verstoß gegen vertragliche Obliegenheiten die Leistungsfreiheit des Versicherers vereinbart wurde.¹³⁹ Dabei geht – wie bei den gesetzlichen Obliegenheiten – auch § 6 VVG davon aus, daß es vertragliche Obliegenheiten gibt, die vor und solche, die nach dem Versicherungsfall zu erfüllen sind.¹⁴⁰ Dieser zunächst in zeitlicher Hinsicht erfolgten Aufteilung kommt aber nicht bloß formelle, sondern darüber hinaus auch materielle Bedeutung zu. Dies ergibt sich insbesondere daraus, daß Obliegenheitsverstöße vor Eintritt des Versicherungsfalles härter als solche nach Eintritt des Versicherungsfalles sanktioniert werden.¹⁴¹ So genügt es nach § 6 Abs. 1 Satz 1 VVG schon, wenn der Versicherungsnehmer leicht fahrlässig eine entsprechende Verhaltensanforderung verletzt, um als Sanktion die Befreiung des Versicherers von der Erbringung der Versicherungsleistung auszulösen. Dagegen führt bei der Verletzung von vertraglichen Obliegenheiten, die erst nach dem Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen waren, ein leicht fahrlässiges Fehlverhalten noch nicht zur Leistungsfreiheit des Versicherers, wie die Regelung in § 6 Abs. 3 VVG zeigt. Dieser Rechtsgestaltung liegt die allgemeine Vorstellung zugrunde, daß Verhaltensdefizite vor Eintritt des Versicherungsfalles diesen in der Regel begünstigt haben, während nicht erfüllte Verhaltenserwartungen nach Eintritt des Versicherungsfalles allenfalls auf die sachgemäße Regulierung oder die Begrenzung der Ausweitung des Schadens von Einfluß sind.¹⁴² Dieser in der Sache bestehende Unterschied ist als einleuchtender Grund dafür anzusehen, den Eintritt einer Sanktion jeweils von der Schwere des Fehlverhaltens sowie den zu erwartenden Folgen im konkreten Einzelfall abhängig zu machen. In § 6 VVG ist daher eine Regelung zu sehen, die verhindern soll, daß die negativen Folgen von Verhaltensdefiziten einseitig und undifferenziert auf den Versicherungsnehmer abgewälzt werden. Gleichwohl kann dieser Schutz vom Versicherer umgangen werden, da diesem in quantitativer Hinsicht keine Grenzen gesetzt sind, den Versicherungsnehmer durch Auferlegung einer Vielzahl von Obliegenheiten zu einer

¹³⁹ SIEG: *Obliegenheiten*, S. 106 f.; WERTH, HANS-GEORG: *Die Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten*, in: ZfV 1962, S. 4 ff.

¹⁴⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 19 VVG.

¹⁴¹ SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, S. 101.

¹⁴² HOFMANN: a.a.O., Kap. 2.4.2.3.

derart umfassenden Vorsorge anzuhalten, daß der Versicherungsgedanke letztlich seine Berechtigung verlieren könnte.

c) Die Begründung vertraglicher Obliegenheiten

Die in den §§ 6 und 32 VVG getroffenen Regelungen setzen bereits das Vorhandensein vertraglicher Obliegenheiten voraus¹⁴³, weshalb ihnen auch keine rechtliche Bedeutung hinsichtlich der Begründung solcher Verhaltenserwartungen zukommt. Rechtsdogmatisch ist unmittelbar der Versicherungsvertrag als Rechtsgrundlage solcher vertraglichen Verhaltenserwartungen anzusehen. Das im Einzelfall vom Versicherungsnehmer erwartete Verhalten kann dabei sowohl Gegenstand einer speziellen Individualvereinbarung sein, als auch in allgemeinen oder besonderen Versicherungsbedingungen statuiert werden. In der Regel sind vertragliche Obliegenheiten ausdrücklich festgelegt. Strittig ist jedoch, ob der Versicherungsnehmer vertragliche Obliegenheiten auch stillschweigend übernehmen kann.

Dafür spricht, daß der Versicherungsvertrag innerhalb der besonderen Schuldverhältnisse des bürgerlichen Rechts einen Vertragstyp "sui generis" darstellt¹⁴⁴, dessen Gegenstand auf die Übernahme bestimmter wirtschaftlicher Risiken gerichtet ist. Stellt man einen Vergleich zu den anerkannten BGB-Vertragstypen an, so drängt sich als vergleichbarer Vertragstyp der Garantievertrag auf, der auch eine Art Risikoübernahme, nämlich die Verpflichtung zur Schadenshaftung, falls der garantierte Erfolg nicht eintritt, enthält. Die sachliche naheliegende und rechtsdogmatisch bedenkenfreie Einordnung des Versicherungsvertrages ins bürgerlich-rechtliche Normensystem rechtfertigt es damit auch, die allgemein geltenden bürgerlich-rechtlichen Regelungen auch auf den Versicherungsvertrag grundsätzlich anzuwenden. Dem bürgerlichen Recht ist aber die stillschweigende inhaltliche Gestaltung rechtlicher Beziehungen nicht wesensfremd. Erforderlich ist nur, daß von einem bestimmten Verhalten der Vertragspartei auf einen bestimmten Erklärungsinhalt geschlossen werden kann,¹⁴⁵ also ein Indizienschluß möglich ist. Diese Grundsätze können zwar nicht unbesehen auf den Versicherungsvertrag übertragen werden, da diesem eine besondere Interessenlage zugrunde liegt. Hat der Versicherungsnehmer aber erkannt, daß der Versicherer an ein bestimmtes ihm zurechenbares Fehlverhalten eine Risikorestriktion anknüpfen will, dann gebietet es schon der Grundsatz von Treu und Glauben, daß er sich hieran festhalten läßt, wenn er seinen gegenteiligen Willen nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht hat.

Vorbeugende, auf vertraglicher Grundlage beruhende Tunspflichten sind im wesentlichen in allen Versicherungszweigen anzutreffen. In der Kraftfahrversicherung ist beispielsweise die sogenannte Vewendungsklausel nach § 2 Abs. 2 a AKB zu nennen. Danach darf der Versicherungsnehmer das haftpflichtversicherte Fahrzeug nur zu dem im Versicherungsantrag angegebenen Zweck verwenden, will er den Versicherungsschutz nicht verlieren. Insoweit soll die mit der vertragswidrigen Verwendung potentiell gegebene Möglichkeit einer Gefahrerhöhung verhindert werden. Ferner kann in diesem Zusammenhang auch die sogenannte Führerschein-

¹⁴³ SCHULZ, EWALD: *Rechtsfragen der Versicherungspraxis*, 1977, S. 30.

¹⁴⁴ WERBER/WINTER: *Grundzüge des Versicherungsrechts*, 1986, Rdnr. 40.

¹⁴⁵ Münchener Kommentar, Bd. I vor § 116 Rdnr. 23 BGB.

klausel nach § 2 Abs. 2 c AKB genannt werden, die vom Fahrer des haftpflicht-versicherten Kraftfahrzeugs verlangt, daß er im Besitz der vorgeschriebenen Fahrerlaubnis ist.¹⁴⁶ Auch durch diese Verhaltensregel soll eine Gefahrerhöhung durch fährerscheinlose Benutzung des versicherten Fahrzeugs vermieden werden.¹⁴⁷

In der Einbruchsdiebstahl- und Raubversicherung wird vom Versicherungsnehmer in § 7 Abs. 1 a AERB verlangt, daß er alle gesetzlichen, behördlichen oder in dem Versicherungsvertrag vereinbarten Sicherheitsvorschriften beachtet. Auch hier werden Verhaltensanforderungen relativen Charakters aufgestellt, die den Eintritt einer Gefahr vermindern oder eine Gefahrerhöhung verhüten sollen.

Vertragliche Verhaltenserwartungen nach Eintritt des Versicherungsfalles haben in erster Linie den Zweck, eine sachgerechte Regulierung zu ermöglichen sowie die Folgen eines Versicherungsfalles soweit als möglich zu eliminieren. Ferner kommt diesen Verhaltensregelungen die Aufgabe zu, die Feststellung des Versicherungsfalles zu sichern, um so eine Ausweitung der Leistungspflicht des Versicherers, bedingt durch einen Beweismittelverlust, zu verhindern.¹⁴⁸ Werden nun solche Obliegenheiten vereinbart, ist ihre wesentliche Funktion darin zu sehen, die, lediglich als *leges imperfecta* ausgestalteten §§ 33 und 34 VVG¹⁴⁹ näher zu konkretisieren oder zu modifizieren.

Möglich ist es aber auch, völlig neue Verhaltensregelungen zu vereinbaren. Als Beispiel können die Untersuchungspflichten nach §§ 9 Abs. 3 MBKK, 15 Abs. 6 Buchst. A AUB oder die Pflicht des Versicherungsnehmers, dem Versicherer die Führung eines gegen den Versicherungsnehmer angestregten Haftpflichtprozesses zu überlassen, § 7 Abs. 2 Nr. 5 AKB genannt werden. Da die in den §§ 62, 63 VVG geregelte Schadensabwendungs- und -minderungspflicht schon aus rechtssystematischen Gründen nur für die verschiedenen Arten der Nichtpersonenversicherungen gilt, sind entsprechende Verhaltenspflichten im Bereich der sogenannten Personenversicherungen¹⁵⁰ teils auf gesetzlicher Basis wie in § 182 VVG, teils auf vertraglicher Basis – beispielsweise § 15 Ziffer 2 Abs. 3, 6 AUB; § 9 Abs. 4 MBKK – geschaffen worden.

Die Vereinbarung vertraglicher Obliegenheiten stellt für den Versicherer aber nicht die einzige Möglichkeit dar, seine Leistungspflicht auf das von ihm übernommene Risiko zu begrenzen. Zur Bestimmung des von ihm zu tragenden wirtschaftlichen Risikos bietet sich auch eine tatbestandsmäßige Umschreibung der Leistungsvoraussetzungen¹⁵¹ an, die in Form primärer oder sekundärer Risikobeschränkungen erfolgen kann.¹⁵² In diesen Fällen wird auch oft von Gefahrausschluß- oder Gefahrumstandsklauseln gesprochen.¹⁵³ Welche Form der Risikobeschränkung danach vorliegt, ist nicht immer leicht zu bestimmen, jedoch von praktischer Relevanz, da die Schutzbestimmungen – §§ 6, 15 a VVG – nur bei Obliegenheiten gelten. Für die Risikobeschränkung reicht es hingegen aus, daß der Ausschlußtatbestand objektiv

¹⁴⁶ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 32 Anm. 46 VVG.

¹⁴⁷ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 32 Anm. 44 VVG.

¹⁴⁸ HOFMANN: a.a.O., 2.4.2.4.

¹⁴⁹ SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, S. 137; WEBER/WINTER: a.a.O., Rdnr. 309.

¹⁵⁰ Das sind Krankenversicherungs-, Unfall- und Lebensversicherungen.

¹⁵¹ WEYERS: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, Rdnr. 352.

¹⁵² SIEG: *Obliegenheiten*, S. 106 ff.

¹⁵³ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 12 VVG.

vorliegt. Dies führt dann automatisch und unbeschränkt zum Verlust des Versicherungsschutzes. Verschulden und Kausalität spielen insoweit keine Rolle mehr.¹⁵⁴ Wird dennoch eine bestimmte Regelung, die der Sache nach eine Obliegenheit darstellt, in die Form eines Risikoausschlusses gekleidet, so bedeutet das eine Umgehung des § 15 a VVG, der bei vertraglichen Obliegenheiten den Schutz des § 66 VVG gewährleisten soll. Dies zu verhindern, ist ein Teilaspekt des hier bestehenden Abgrenzungsproblems. Auch in prozessualer Hinsicht ist diese Unterscheidung von Bedeutung, nämlich für die Frage der Beweislast. Während bei einer Obliegenheitsverletzung der Versicherer darlegungs- und beweispflichtig ist, trifft bei Risikoausschlüssen den Versicherungsnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß der Schaden vom Ausschlußtatbestand nicht erfaßt wird.

In Ungarn

Die Regeln des Versicherungsvertrages enthält das Kapitel XLV des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches (Ptk.). Das Versicherungsrecht ist an sich auch ein sehr umfangreicher Teil des ungarischen Privatrechts, daher kann hier nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden, vor allem deswegen, weil die Bestimmungen des Ptk. den Statuten und inneren Regelungen sowie allgemeinen Vertragsbedingungen der einzelnen Versicherungsgesellschaft ziemlich viel freien Spielraum lassen. Hier handelt es sich also nur von Rahmenbestimmungen, die aber schon die Grundzüge des privaten Versicherungsrechtes gut abzeichnen.

Von den Bestimmungen des vorliegenden Kapitels darf das Versicherungsreglement und der Vertrag der Parteien gemäß § 566 Ptk. ohne ausgesprochene Erlaubnis des Gesetzes nicht zum Nachteil des Versicherten bzw. des Begünstigten abweichen. Das Reglement kann jedoch besagen, daß der Versicherer nicht erfüllen muß, wenn der Versicherungsfall in Verbindung mit bestimmten außerordentlichen Umständen eintritt. Für die Transportversicherung können abweichende Regeln festgelegt werden; auf die Rückversicherung sind die Regeln der Sachversicherung anzuwenden, doch können die Parteien von diesen Regeln abweichen. Die Haftpflichtversicherung sowie die Regeln der in einem gesonderten Gesetz geregelten Versicherung mit einem nicht marktfähigen Risiko kann eine Rechtsvorschrift abweichend vom Gesetz festlegen.

1. Obliegenheiten vor Vertragsschluß

Nach § 536 Ptk. verpflichtet sich der Versicherer aufgrund eines Versicherungsvertrags, in Abhängigkeit vom Eintreten eines bestimmten zukünftigen Ereignisses (Versicherungsfalles) zur Zahlung einer bestimmten Summe oder zur Erfüllung anderer Leistungen und der Versicherte bzw. eine andere Vertragspartei zur Zahlung einer Prämie. Ein Versicherungsfall kann insbesondere sein:

- a) der im Vertrag festgelegte Schadensfall;

¹⁵⁴ HOEGEN, DIETER: *Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung im Versicherungsvertragsrecht*, 5. Aufl., 1988, S. 11; PRÖLSS: *Obliegenheiten*, S. 309 ff.

- b) das Eintreten des Todes bzw. das Erreichen eines bestimmten Lebensalters;
- c) der eine körperliche Verletzung, Behinderung oder den Tod verursachende Unfall.

§ 537 Ptk. bestimmt, daß der Versicherungsvertrag mit der schriftlichen Vereinbarung der Parteien zustande. oder wenn der Versicherer zum Antrag innerhalb von fünfzehn Tagen keine Erklärung abgibt. In diesem Fall kommt der Vertrag rückwirkend zum Zeitpunkt der Übergabe des Antrags an den Versicherer oder seinen Vertreter zustande. Wenn der Inhalt der Police vom Antrag der Partei abweicht und die Abweichung durch die Parte innerhalb von fünfzehn Tagen nicht beanstandet wird, kommt der Vertrag gemäß § 538 laut dem Inhalt der Police zustande.

Verpflichtet ist der Versicherungsnehmer zunächst zur Zahlung der Prämie. Nach § 539 Ptk. tritt die Versicherung einen Tag, nachdem die Vertragspartei die erste Prämie auf das Konto oder bei der Kasse des Versicherers eingezahlt hat bzw. in bezug auf die Zahlung der Prämie ein Aufschub vereinbart wurde oder der Versicherer seinen Anspruch auf die Prämie auf dem Gerichtswege geltend macht, in Kraft.

§ 540 Ptk. bestimmt, daß der Versicherte dem Versicherer beim Vertragsabschluß jeden, vom Gesichtspunkt der Übernahme der Versicherung wesentlichen Umstand mitteilen muß, der ihm bekannt ist oder den er kennen mußte. Mit den auf die schriftlich gestellten Fragen des Versicherers gegebenen und der Wahrheit entsprechenden Antworten kommt die Partei ihrer Mitteilungspflicht nach. Die Fragen unbeantwortet zu lassen bedeutet allein noch nicht die Verletzung der Mitteilungspflicht.

Einen Sachversicherungsvertrag darf nach § 548 Ptk. nur derjenige abschließen, der an der Bewahrung eines Vermögensgegenstandes interessiert ist oder der den Vertrag zugunsten einer interessierten Person abschließt. § 549 Ptk. schreibt vor, daß die Versicherungssumme den wirklichen Wert des versicherten Vermögensgegenstandes nicht übersteigen darf. Die Vereinbarung der Versicherungssumme für einen den wirklichen Wert des Vermögensgegenstandes übersteigenden Teil ist nichtig und die Prämie muß entsprechend gesenkt werden. Diesen Bestimmungen entgegen kann auch ein Versicherungsvertrag für den zu erwartenden Wert eines Vermögensgegenstandes und ferner bis zur Höhe des Wertes seiner Wiederherstellung bzw. einer Anschaffung im Neuzustand abgeschlossen werden.

2. Obliegenheiten zwischen Vertragsschluß und Versicherungsfall

Nach § 540 Abs. 2 Ptk. können die Parteien vereinbaren, daß der Versicherte und die Vertragspartei eine Änderung der im Vertrag festgelegten wesentlichen Umstände des Versicherers in einer angemessenen Frist schriftlich melden müssen.

Verpflichtet ist der Versicherte weiterhin zur Zahlung der vereinbarten Prämien. Bei Sachversicherungen behält der Vertrag gemäß § 552 Ptk. bei Zahlung nur eines Teils der fälligen Prämie mit unveränderter Versicherungssumme – für einen im Verhältnis zur gezahlten Prämie stehenden Zeitraum seine Gültigkeit. Wenn der Vertrag wegen der Nichtzahlung der Prämie aufgehoben wird, kann der Versicherer laut Reglement die Zahlung des Laufzeitschlags fordern.

Der Versicherte ist zudem verpflichtet, den Versicherer über wesentliche Umstände zu informieren, die für die Gestaltung des Vertragsverhältnisses von Bedeutung sind.

Bei Lebensversicherungen gilt gemäß § 563 Abs. I Ptk., daß der Versicherer, der von den bereits bei Vertragsabschluß bestehenden wesentlichen Umständen erst später Kenntnis erlangt, die sich daraus ergebenden Rechte nur in den ersten fünf Jahren des Bestehens des Vertrages ausüben. Nach Abs. 2 tritt der Verletzung der Mitteilungspflicht zum Trotz die Pflicht des Versicherers ein, wenn vom Abschluß des Vertrages bis zum Eintreten des Versicherungsfalles bereits fünf Jahre vergangen sind.

3. Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles

Das Eintreten des Versicherungsfalles ist dem Versicherer nach § 544 Ptk. in der im Reglement festgelegten Zeit anzumelden, die notwendigen Auskünfte sind zu erteilen und die Kontrolle des Inhalts der Anmeldung und der Auskünfte ist zu ermöglichen.

Für Sachversicherungen bestimmt § 555 Ptk. ausdrücklich, daß der Versicherte den Schaden nach Kräften mindern muß. Die Parteien können die Aufgaben des Versicherten bei der Schadensvermeidung und Schadensminderung vereinbaren. Die Kosten der Schadensminderung trägt auch dann der Versicherer, wenn die Schadensminderung zu keinem Ergebnis geführt hat. (g) Wenn die Versicherungssumme geringer ist, als der Wert des Vermögensgegenstandes, muß der Versicherer die Kosten der Schadensminderung in einem solchen Verhältnis erstatten, wie die Versicherungssumme im Verhältnis zum Wert des Vermögensgegenstandes steht.

Nach dem Eintreten des Versicherungsfalles darf der Versicherte gemäß § 557 Ptk. am Zustand des versicherten Vermögensgegenstandes in der durch das Reglement festgelegten Frist nur insofern etwas ändern, wie das zur Schadensminderung notwendig ist. Wenn infolge einer Veränderung, die das erlaubte Ausmaß überschreitet, für den Versicherer die Klärung von Umständen unmöglich wurde, die vom Gesichtspunkt der Beurteilung seiner Zahlungspflicht wesentlich sind, tritt seine Pflicht nicht ein.

Wenn der Versicherer den Schaden erstattet hat, stehen ihm nach § 558 Ptk. die Rechte zu, die dem Versicherten gegenüber der für den Schaden verantwortlichen Person zustanden, es sei denn, daß diese ein mit dem Versicherten in einem gemeinsamen Haushalt lebender Angehöriger ist. Wenn das auf die Erstattung des Schadens gerichtete Recht nur teilweise auf den Versicherer übergeht und der Versicherer gegen die für den Schaden verantwortliche Person Klage erhebt, muß er auf Wunsch des Versicherten zugleich auch dessen Anspruch geltend machen. Die Geltendmachung des Anspruchs des Versicherten kann der Versicherer vom Vorschuß der Unkosten abhängig machen. Wenn der Versicherer und der Versicherte im selben Verfahren ihre Ansprüche geltend machen und der als Schadenersatz eingehende Wert nicht beider Forderungen deckt, genießt der Versicherte Vorrang. Wenn der versicherte Vermögensgegenstand wieder auftaucht, kann der Versicherte einen Anspruch darauf erheben; in diesem Fall jedoch ist die Entschädigungssumme zurückzuzahlen.

a) Zusätzliche Sanktionsvoraussetzungen bei Obliegenheitsverletzungen

Ein Sanktionssystem, das allein an den Obliegenheitsverstoß als solchen anknüpft, hat der Gesetzgeber des VVG als unbillig und daher unangemessen angesehen. Um das versicherte Risiko sachgerecht zu verteilen, hat er die Sanktion von Obliegen-

heitsverstößen von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht. Diesen Kriterien kann dabei im Versicherungsvertragsrecht durchaus der Charakter struktur-bildender Wesensmerkmale beigemessen werden, da sie Ausdruck eines allgemeinen zivilrechtlichen Grundprinzips sind, welches besagt, daß derjenige, der einen Nachteil bzw. Schaden erleidet, diesen nur dann auf einen Dritten abwälzen kann, wenn den Dritten gerade für diesen Schaden eine besondere Verantwortung trifft. Rechtstheoretisch ist dies als Ausdruck des allgemeinen Gerechtigkeitstopos der ausgleichenden Gerechtigkeit anzusehen.

b) Das Verschuldensprinzip

Für vertragliche Obliegenheitsregelungen ist in § 6 Abs. 1 Satz 1, 2 und Abs. 3 VVG ausdrücklich bestimmt, daß bei Obliegenheitsverletzungen das Verschuldens-erfordernis zu beachten ist. Die in § 6 VVG getroffene Regelung findet aber bei gesetzlichen Obliegenheiten grundsätzlich keine Anwendung.¹⁵⁵ Daher ist bei diesen Obliegenheiten darauf abzustellen, inwieweit der Gesetzgeber das Verschuldensprinzip in der gesetzlichen Obliegenheitsregelung selbst verankert hat. Soweit der Gesetzgeber von einer solchen Regelung abgesehen hat, ist dies als Ausdruck seines legislativen Willens zu interpretieren, hier dem Verschuldensprinzip keine sanktionsbegrenzende Wirkung beizumessen. Etwas anderes gilt nur hinsichtlich solcher gesetzlichen, aber rechtsfolgenlosen Obliegenheiten, die durch vertragliche Rechtsfolgevereinbarungen ergänzt werden können und auch ergänzt worden sind. Hier hält es die herrschende Meinung¹⁵⁶ für sachgerecht, das in § 6 VVG normierte Verschuldensprinzip anzuwenden. In der Regel macht aber bereits das VVG die Sanktion gesetzlicher Obliegenheitsverletzungen von einem schuldhaften Handeln des Versicherungsnehmers abhängig.

Dem Versicherungsvertragsrecht, als einem Teilbereich des Zivilrechts, liegen die Schuldkategorien Vorsatz und Fahrlässigkeit, die die persönliche Verantwortlichkeit des einzelnen für sein Handeln zum Gegenstand haben, zugrunde.¹⁵⁷ Vorsätzliches Handeln seitens des Versicherungsnehmers erfordert danach eine gewollte Obliegenheitsverletzung, die zudem in dem Bewußtsein erfolgt, daß eine entsprechende Verhaltensnorm existiert.¹⁵⁸ Aufgrund der eher restriktiven Rechtsprechung des BGH¹⁵⁹ soll aber nicht jede vorsätzliche Verletzung einer Obliegenheit schlechthin zur Leistungsfreiheit des Versicherers führen. Der Entzug des Versicherungsschutzes läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn der Verstoß geeignet war, die berechtigten Interessen des Versicherers ernsthaft zu gefährden, und dem Versicherungsnehmer der Vorwurf groben Verschuldens gemacht werden kann. Dies wird als Relevanz-Rechtsprechung bezeichnet.

Fahrlässig handelt dagegen nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Von einem grob fahrlässigen Verhalten kann in

¹⁵⁵ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 1 VVG.

¹⁵⁶ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 1 VVG; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 25 m.w.N.; BGH VersR 1951, S. 67 f.

¹⁵⁷ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 12 VVG; WILKENS: a.a.O., S. 83; BGH VersR 1966, S. 1150.

¹⁵⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 28 VVG; PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 12 VVG; WEBER/WINTER: a.a.O., Rdnr. 284; BGH VersR 1955, S. 340 f.; 1958, S. 389 f.

¹⁵⁹ BGH VersR 1982, S. 182 f.; 1983, S. 674.

diesem Zusammenhang aber erst gesprochen werden, wenn die gebotene Sorgfalt in besonders hohem Maße außer acht gelassen¹⁶⁰ bzw. das unberücksichtigt gelassen wird, was unter den gegebenen Umständen jedem hätte einleuchten müssen.¹⁶¹ So ist zum Beispiel ein grob fahrlässiges Verhalten darin zu sehen, wenn der Versicherungsnehmer allgemeine Versicherungsbedingungen nicht zur Kenntnis nimmt.¹⁶² Der Sorgfaltsmaßstab bestimmt sich dabei nach der Gruppe derjenigen Versicherten, welchen der Versicherungsnehmer zugerechnet werden kann.¹⁶³

Soweit es sich um gesetzliche Obliegenheiten handelt, richtet sich der Grad des Verschuldens nach der im Gesetz jeweils vorausgesetzten Schuldform. Bei den vertraglichen Obliegenheiten ist das Verschuldensprinzip in § 6 Abs. 1, 3 VVG als eine Art Mindestschutz festgeschrieben. Während § 6 Abs. 1 VVG bezüglich der Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles bereits einen leicht fahrlässigen Obliegenheitsverstoß ausreichen läßt, um die vereinbarte Verletzungsfolge der Leistungsfreiheit eintreten zu lassen, ist nach § 6 Abs. 3 VVG hinsichtlich der Obliegenheiten nach Vertragsschluß mindestens ein grob fahrlässiges Verhalten notwendig. Die Maßgeblichkeit des Erfüllungszeitpunktes im Hinblick auf die Abstufung des Verschuldensgrades wird auch hier damit begründet, daß der mit Eintritt des Versicherungsfalles in der Regel entstandene Versicherungsanspruch dem Versicherungsnehmer nur mehr unter erschwerten Voraussetzungen wieder entzogen werden können soll.¹⁶⁴ Stärkere Überzeugungskraft dürfte aber dem Argument zukommen, das die physische Verfassung des Versicherungsnehmers in den Vordergrund stellt. Danach wird eine situativ bedingte Erregung oft als Grund dafür anzusehen sein, daß der Versicherungsnehmer leicht fahrlässig bestimmte Verhaltensanforderungen mißachtet. Da aber der Versicherungsfall in aller Regel mitursächlich für dieses Verhaltensdefizit ist, wird dies als Rechtfertigung dafür angesehen werden können, den Verstoß dem Versicherungsnehmer zumindest nicht alleine anzulasten.¹⁶⁵

c) Das Kausalitätserfordernis

Das Merkmal der Kausalität betrifft den ursächlichen Zusammenhang zwischen einem bestimmten Verhalten und dem eingetretenen Erfolg. Gegenstand der Kausalitätsfrage ist also die objektive Verknüpfung zweier Größen, bezogen auf die privatversicherungsrechtliche Obliegenheitsordnung, also der Zusammenhang zwischen der Obliegenheitsverletzung einerseits und den die Leistungspflicht auslösenden Umständen andererseits.

Der im Schuldrecht geltende Grundsatz, daß die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten grundsätzlich nur dann nachteilige Folgen hat, wenn der Pflichtenverstoß darüber hinausgehende Folgen verursacht hat, wurde im Versicherungsrecht erst nach und nach anerkannt. Ein geschichtlicher Rückblick zeigt, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁶⁶ von der Vorstellung beherrscht war, daß eine

¹⁶⁰ BGH VersR 1952, S. 117 f.; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 31 VVG.

¹⁶¹ BGH VersR 1959, S. 370 f.; 1960, S. 626.

¹⁶² BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 33 m.w.N.

¹⁶³ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 12 VVG.

¹⁶⁴ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 25 VVG.

¹⁶⁵ WEYERS: a.a.O., S. 464.

¹⁶⁶ RG Urteil vom 12.03.1926 in: JW 1926, S. 1972 f. = VA 1976, S. 301 f.

Obliegenheitsverletzung unabhängig davon zum Deckungsverlust führen sollte, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der Obliegenheitsverletzung und dem Eintritt der Regulierung des Versicherungsfalles bestand.¹⁶⁷

In späteren Entscheidungen¹⁶⁸ gelangte dann das Reichsgericht zu der Erkenntnis, daß das Versicherungsverhältnis in besonderem Maße den Geboten von Treu und Glauben unterworfen ist. Damit wurde es aber als unvereinbar angesehen, wenn die schwerwiegenden Rechtsfolgen, die ein Obliegenheitsverstoß auslösen kann, den Versicherungsnehmer unabhängig davon treffen, ob sein Fehlverhalten auf den Eintritt bzw. den Umfang des Versicherungsfalles von Einfluß war. Das Postulat einer ausgewogenen und gerechten Risikoverteilung, das seine Wurzeln im Gedanken der Verkehrsgerechtigkeit hat, verlangt vielmehr eine differenzierende Regelung, die auch den Schutzinteressen des Versicherungsnehmers angemessen Rechnung trägt. Vor diesem Hintergrund ging der Gesetzgeber immer mehr dazu über, neben dem Verschuldensprinzip auch den Kausalzusammenhang zur Voraussetzung für die Sanktionierung von Obliegenheitsverletzungen zu machen. Dem stimmte die Literatur¹⁶⁹ überwiegend zu. Als Ergebnis kann insoweit festgehalten werden, daß nunmehr auch im Privatversicherungsrecht die Notwendigkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Obliegenheitsverstoß und dem Eintritt bestimmter Folgen des Versicherungsfalles als Rechtsfolgenvoraussetzung weitgehend anerkannt ist.

d) Vor Eintritt des Versicherungsfalles

Verletzt der Versicherungsnehmer vor Eintritt des Versicherungsfalles eine Obliegenheit, kann der Versicherer daraus nur dann Rechte herleiten, wenn der betreffende Verstoß den Eintritt des Versicherungsfalles oder den Umfang der vom Versicherer zu erbringenden Leistung beeinflusst hat.¹⁷⁰ Danach muß zwischen dem Verhalten des Versicherungsnehmers und der Leistungspflicht des Versicherers ein gewisser ursächlicher Zusammenhang bestehen, der als sachliche Rechtfertigung für den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge herangezogen werden kann. Der BGH hält es für ausreichend, wenn die Obliegenheitsverletzung nur eine von mehreren Ursachen war, denn auch hier hat das Verhalten des Versicherungsnehmers dazu beigetragen, daß eine Gefahr eintritt, vor deren Folgen die Erfüllung der Verhaltensanforderung den Versicherer gerade schützen sollte.

Nach der in § 21 VVG getroffenen Regelung hat der nach Eintritt des Versicherungsfalles erfolgte Rücktritt des Versicherers nur dann leistungsbefreiende Wirkung, wenn der vom Versicherungsnehmer nicht oder falsch angezeigte Umstand zumindest mitursächlich für den Eintritt des Versicherungsfalles oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers war.¹⁷¹ Soweit der Versicherungsnehmer die Gefahrerhöhung verschuldet hat, ist der Versicherer nach § 25 Abs. 3 VVG nur dann von seiner Leistung befreit, wenn die Gefahrerhöhung auf den Eintritt des

¹⁶⁷ WEYERS: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, Rdnr. 337; Deutsch, a.a.O., Rdnr. 206.

¹⁶⁸ RGZ 146, S. 221 f.; 148, S. 298 ff.; auch BGHZ 40, S. 337 f.

¹⁶⁹ DEUTSCH: a.a.O., Rdnr. 206; SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, S. 106; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 37 VVG.

¹⁷⁰ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 38 VVG.

¹⁷¹ BGH VersR 1955, S. 731 ff.; OLG Frankfurt VersR 1980, S. 449.

Versicherungsfalles oder den Umfang der Leistung des Versicherers Einfluß gehabt hat. Diese Voraussetzung wird als erfüllt angesehen, solange der Versicherungsnehmer eine mögliche Mitursächlichkeit der vorgenommenen Gefahrerhöhung bei Eintritt des Versicherungsfalles oder den Umfang des Schadens nicht ausschließen kann.¹⁷² Dasselbe gilt nach § 28 Abs. 2 Satz 2 VVG auch für den Fall einer unterlassenen Anzeige bei nicht selbst veranlaßter Gefahrerhöhung.

Auch im Bereich der vertraglichen Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles ist das Kausalitätserfordernis, wie § 6 Abs. 2 VVG zeigt, als Rechtsfolgevoraussetzung positiv-rechtlich normiert. Jedoch hat es eine gegenständliche Beschränkung auf solche Obliegenheiten erfahren, die zum Zwecke der Verminderung der Gefahr oder der Verminderung einer Gefahrerhöhung zu erfüllen sind.¹⁷³ Fehlt es hier am erforderlichen Ursachenzusammenhang, bleibt die Leistungspflicht des Versicherers bestehen, das heißt, der Versicherungsnehmer verliert seinen Versicherungsschutz nicht. Dies gilt auch dann,¹⁷⁴ wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich einer Verhaltensanforderung nicht nachgekommen ist. Darin kommt deutlich zum Ausdruck, welche wichtige Funktion dem Kausalitätsprinzip im Hinblick auf die Kontinuität des Versicherungsschutzes im Rahmen der gesetzlich formulierten Verhaltensanforderungen zukommt.

e) Nach Eintritt des Versicherungsfalles

Obliegenheitsverletzungen nach Eintritt des Versicherungsfalles sind insoweit mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden, als der Verstoß die Feststellung des Versicherungsfalles oder die Feststellung bzw. den Umfang der vom Versicherer zu erbringenden Leistung beeinflußt hat.¹⁷⁵ Für die gesetzlich geregelten sogenannten Rettungspflichten wird dies in § 62 Abs. 2 Satz 2 VVG dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der Versicherer nur insoweit zur Leistung verpflichtet bleibt, als der Umfang des Schadens auch bei gehöriger Erfüllung der Verhaltensanforderungen nicht geringer wäre. Für den Bereich der vertraglichen Obliegenheiten hat der Kausalitätsgedanke aufgrund der in § 6 Abs. 3 Satz 2 VVG getroffenen Regelung Eingang ins Versicherungsverhältnis gefunden. Danach bleibt auch hier der Versicherer nur insoweit zur Leistung verpflichtet, als die Verletzung der Verhaltensanforderung weder auf die Feststellung des Versicherungsfalles noch auf die Feststellung oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung Einfluß gehabt hat.

Während im Zusammenhang mit den Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles ein undifferenzierter Kausalitätsmaßstab angewandt wird, ist es für die Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles aber nicht allein ausschlaggebend, ob der Verstoß kausal war, sondern auch, in welchem Umfang er es war. Dahinter verbirgt sich die Vorstellung, daß den Versicherungsnehmer die Folgen eines Obliegenheitsverstoßes nur insoweit treffen sollen, als dieser ursächlich für die Leistungspflicht des Versicherers war.

¹⁷² BGH VersR 1968, S. 590 f.

¹⁷³ BGH VersR 1952, S. 428 f.

¹⁷⁴ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 38 VVG.

¹⁷⁵ §§ 6 Abs. 2 Satz 2, 62 Abs. 2 Satz 2 VVG.

Hinzu kommt, daß der Versicherer im Rahmen der §§ 6 Abs. 3 Satz 2, 62 Abs. 2 Satz 2 VVG trotz grob fahrlässiger Verletzung einer Obliegenheit durch den Versicherungsnehmer dennoch zur Leistung verpflichtet bleibt, sofern es an einem kausalen Obliegenheitsverstoß fehlt. Dem vorsätzlich handelnden Versicherungsnehmer soll diese Begünstigung allerdings nicht zugute kommen.¹⁷⁶ Danach kann dem Merkmal der Kausalität eine gewisse Schutzfunktion hinsichtlich der Erhaltung des Versicherungsschutzes nicht abgesprochen werden. Dagegen schützen die §§ 6 Abs. 2, 21, 25 Abs. 3, 28 Abs. 2 Satz 2 VVG den Versicherungsnehmer auch dann, wenn er vorsätzlich handelte.

Dies ist darauf zurückzuführen, daß hier die Rechtsprechung¹⁷⁷ Korrektive entwickelt hat, die dem Kausalitätserfordernis sehr nahe kommen. So muß der Versicherer den Versicherungsnehmer bei der Schadensregulierung ausdrücklich darüber belehren, daß vorsätzlich falsch gemachte Angaben zum Verlust des Versicherungsschutzes führen. Tut er das nicht, kann der Versicherungsnehmer die Arglistenrede erheben, sofern sich der Versicherer auf die Leistungsfreiheit beruft, obwohl ihm durch die falschen Angaben letztlich kein Nachteil entstanden ist.¹⁷⁸ Konnte eine solche Belehrung nicht erfolgen, bleibt der Versicherer gleichwohl zur Leistung verpflichtet, wenn der Verstoß des Versicherungsnehmers objektiv und subjektiv ohne Relevanz für den Versicherer war.¹⁷⁹ Noch einen Schritt weiter geht die Entscheidung des BGH im Urteil vom 16.01.1970.¹⁸⁰ Handelt es sich danach bloß um einen minderen Verstoß, dann wird trotz vorhandener Kausalität zwischen der Obliegenheitsverletzung und dem eingetretenen Nachteil auf seiten des Versicherers die Rechtsfolge der Leistungsbefreiung als unvertretbare Sanktion angesehen.

All dies zeigt, daß der Gesichtspunkt der Kausalität im System der Rechtsfolgevoraussetzungen bei Obliegenheitsverletzungen immer mehr an Bedeutung gewinnt und diesem Merkmal im Rahmen der Rechtsfolgevoraussetzungen durchaus strukturbildender Charakter beizumessen ist.

f) Das Klarstellungserfordernis

Im Rahmen bestehender Versicherungsverhältnisse ist auch der Fall denkbar, daß ein Versicherungsnehmer gegen eine vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllende Obliegenheit verstoßen hat, die es dem Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalles gestattet hätte, sich auf Leistungsfreiheit zu berufen oder sich vom Vertrag zu lösen. Die bestehende Ungewißheit hinsichtlich der Folgen des Obliegenheitsverstoßes für einen späteren Eintritt des Versicherungsfalles könnte den Versicherer zunächst dazu veranlassen, zwecks weiterer Prämieinzahlung vorerst nichts zu veranlassen, um die künftige Entwicklung des Versicherungsverhältnisses und damit des Obliegenheitsverstoßes erst einmal abzuwarten.

Um zu verhindern, daß der Versicherer den Versicherungsnehmer weiter hinsichtlich der Prämienzahlung in Anspruch nimmt, sich aber gleichzeitig die Kündigungs-

¹⁷⁶ WEYERS: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, Rdnr. 336.

¹⁷⁷ Beispielsweise VersR 1970, S. 410 f.; OLG Hamm VersR 1971, S. 214.

¹⁷⁸ BGHZ 47, S. 101, 108.

¹⁷⁹ BGH VersR 1969, S. 651; 1970, S. 410 f.

¹⁸⁰ BGHZ 53, S. 160, 164.

gründe in der Hinterhand behält, um auf sie in einem geeigneten Zeitpunkt zurückgreifen zu können,¹⁸¹ verlangt das Gesetz¹⁸² von ihm, daß er klarstellt, ob er aus der Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers Konsequenzen ziehen will oder nicht.¹⁸³ Will er dies, so muß er innerhalb einer Ausschußfrist von einem Monat nach Kenntniserlangung von der Obliegenheitsverletzung kündigen oder vom Vertrag zurücktreten. Andernfalls führt dies nicht nur zum Erlöschen des Kündigungs- bzw. Rücktrittsrechts, sondern sogar dazu, daß er sich nicht mehr auf die vereinbarte Leistungsfreiheit berufen kann.¹⁸⁴ Die darin liegende, rechtliche Beschränkung der Geltendmachung von Obliegenheitsverletzungen wird mit dem Begriff "Klarstellungserfordernis" umschrieben.¹⁸⁵

Der BGH¹⁸⁶ vertritt die Ansicht, daß der Versicherer die Pflicht hat, zu kündigen, wenn er sich erfolgreich auf die Befreiung von der Leistungspflicht berufen will, und zwar unabhängig davon, ob der Versicherungsfall mehr als einen Monat nach Kenntniserlangung, innerhalb eines Monats nach Kenntniserlangung oder vor Kenntniserlangung von dem Verstoß eintritt. Ausnahmsweise wird eine Kündigung aber dann für entbehrlich gehalten, wenn der Versicherungsvertrag durch den dauernden und vollständigen Wegfall des versicherten Interesses vor Ablauf der Kündigungsfrist gegenstandslos wird.¹⁸⁷

Die herrschende Literaturmeinung¹⁸⁸ bevorzugt dagegen eine differenzierende Betrachtungsweise. Nur dann, wenn der Versicherungsfall später als einen Monat nach Kenntnis von der Obliegenheitsverletzung eingetreten ist, sei die Leistungspflicht des Versicherers davon abhängig, daß er den Vertrag rechtzeitig, also innerhalb der Monatsfrist, gekündigt habe. Begründet wird dies damit, daß das Kündigungserfordernis vor spekulativen Verhaltensweisen des Versicherers schützen, nicht aber zu unerwünschten Vertragsauflösungen führen soll.¹⁸⁹ Letzteres ist aber immer dann der Fall, wenn vom Versicherer nur deshalb eine Kündigung verlangt wird, weil ein Versicherungsfall eingetreten ist.

Zumindest für den Fall, daß der Versicherer erst nach Schadenseintritt Kenntnis von der Obliegenheitsverletzung erlangt, dürfte das Festhalten am Kündigungserfordernis sachlich unangemessen sein. Etwas anderes gilt, wenn der Schaden innerhalb eines Monats nach Kenntniserlangung eintrat. Hier läuft bereits die einmonatige Überlegungsfrist, innerhalb derer sich der Versicherer für oder gegen eine Kündigung entscheiden kann. Untrennbar ist der Zusammenhang zwischen Kündigung und Leistungsfreiheit aber nur dann, wenn der Schaden mehr als einen

¹⁸¹ WEYERS: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, Rdnr. 344.

¹⁸² Für die vertraglichen Obliegenheiten hat der Gesetzgeber in § 6 Abs. 1 Satz 2, 3 VVG, für die gesetzlichen Obliegenheiten in §§ 20 Abs. 1, 24 Abs. 2, 25 Abs. 3 1. Halbsatz, 27 Abs. 1 Satz 2, 28 Abs. 2 Satz 2 VVG entsprechende Mißbrauchsschranken normiert.

¹⁸³ MÖLLER, HANS: *Übergesetzliche Hinweispflichten des Versicherers*, in: Festschrift für Klingmüller, 1974, S. 301 ff.

¹⁸⁴ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 42 VVG; WEBER/WINTER: a.a.O., Rdnr. 287.

¹⁸⁵ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6, Anm. 40 VVG.

¹⁸⁶ Beispielsweise in: VersR 1981, S. 186 f.; 195, S. 775 f.

¹⁸⁷ BGH VersR 1985, S. 775 f.

¹⁸⁸ CLAUS: *Obliegenheitsverletzungen und Verwirkung im Versicherungsrecht*, in: DRiZ 1958, S. 171 f.; EHRENZWEIG: a.a.O., S. 177 f.; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 43 VVG; PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 10 VVG.

¹⁸⁹ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 40 VVG.

Monat nach Kenntniserlangung eintrat.¹⁹⁰ Festzuhalten ist, daß das Klarstellungserfordernis funktionell nicht der tatbestandlichen Bestimmung rechtserheblicher Obliegenheitsverletzungen dient. Es verfolgt vielmehr das Ziel, Klarheit darüber zu gewinnen, ob der Versicherer einen rechtserheblichen Obliegenheitsverstoß zum Anlaß nehmen will, daraus für sich gewisse Sanktionsfolgen herzuleiten. Daher liegt es nahe, dieses Erfordernis lediglich als eine besondere Ausprägung oder gar nur als eine spezielle Bezeichnung der überkommenen Verwirkungsgrundsätze anzusehen.¹⁹¹

Sanktionierung von Obliegenheitsverletzungen

I. In Deutschland

Das Ausmaß der durch die Obliegenheitsverletzung eingetretenen Störung ist ausschlaggebend dafür, in welcher Weise reagiert werden muß, um letztlich einen interessengerechten Risikoausgleich zu erzielen. Allgemeine Regeln hierfür kennt das VVG nicht.¹⁹² Gleichwohl unterliegen nach § 6 VVG die vertraglichen Rechtsfolgevereinbarungen gewissen Schranken, was einerseits bei den vertraglich vereinbarten Obliegenheiten, andererseits aber auch solchen gesetzlichen Obliegenheiten von Bedeutung ist, für die das Gesetz keine oder nur eine unvollständige Rechtsfolgenanweisung enthält. Diese Vorschriften werden als *leges imperfectae* bezeichnet.

Herkömmlicherweise¹⁹³ wird zwischen Obliegenheitsverstößen mit Verwirkungsfolgen und solchen mit sonstigen Verletzungsfolgen unterschieden. Mit dem Begriff "Verwirkungsfolgen" soll zum Ausdruck gebracht werden, daß der Versicherungsnehmer unter bestimmten Voraussetzungen sein Recht, Versicherungsschutz in Anspruch nehmen zu können, ganz oder teilweise verlieren soll.

Es ist anerkannt, daß eine Obliegenheitsverletzung nur dann Verletzungsfolgen nach sich zieht, wenn diese auch geregelt, d.h. vertraglich vereinbart oder gesetzlich normiert worden sind. Die als vertraglich vereinbarte Verletzungsfolge geregelte Möglichkeit der Leistungsfreiheit als Sanktionsform aus § 6 Abs. 1 Satz 1, 3; Abs. 2, 3 VVG läßt die Wirksamkeit des Versicherungsvertrages, also dessen rechtlichen Bestand, unberührt,¹⁹⁴ sofern die Leistungsfreiheit nicht ausnahmsweise – wie in § 6 Abs. 1 Satz 3 VVG – eine vorausgehende Kündigung erfordert.¹⁹⁵ Da der Vertrag in diesem Fall rechtliche Grundlage für die Beziehung zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer bleibt, besteht auch die Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmers fort. Konkrete Auswirkungen hat die Leistungsfreiheit damit in der Regel nur auf die Risikotragung des Versicherers im konkreten Einzelfall. Die Leistungsfreiheit bewirkt, daß der Versicherer automatisch¹⁹⁶ von seiner Leistungs-

¹⁹⁰ HARTWIG: *Die Eigenverantwortung im Versicherungsrecht*, 1993, S. 229.

¹⁹¹ WERBER: a.a.O., S. 111.

¹⁹² WEYERS: a.a.O., Rdnr. 323.

¹⁹³ Vgl. BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 20 VVG.

¹⁹⁴ RGZ 130, S. 271, 275; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 20 VVG.

¹⁹⁵ PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 9 A b VVG.

¹⁹⁶ DEUTSCH: a.a.O., Rdnr. 211; BGH VersR 1974, S. 689 f.

pflicht befreit wird. Einer entsprechenden Willenserklärung des Versicherers bedarf es somit nicht.¹⁹⁷

Als weitere Sanktionsform, die aber den Verlust des Versicherungsschutzes als solchen zur Folge hat, ist die Kündigung zu nennen. Sie ist auf Beendigung des Versicherungsverhältnisses für die Zukunft gerichtet. Als vertraglich vereinbarte Verletzungsfolge hat sie in § 6 Anm. 1 Satz 2, 3 VVG und im Rahmen gesetzlich normierter Obliegenheiten beispielsweise in den §§ 24 Abs. 1 Satz 1, 27 Abs. 1, 30 Abs. 2 VVG eine Regelung erfahren. Anders als die Befreiung von der Leistungspflicht bedarf diese Verletzungsfolge jedoch einer rechtsgestaltenden Willenserklärung,¹⁹⁸ die die Beendigung des Versicherungsverhältnisses, allerdings für die Zukunft, zur Folge hat. Die Kündigungsmöglichkeit ist dabei im VVG grundsätzlich als außerordentliches Kündigungsrecht ausgestaltet, was darauf zurückzuführen ist, daß die Kündigung in der Regel vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes abhängig gemacht wird, wofür die Regelungen in den §§ 6 Abs. 1 Satz 1 und 2, 24 Abs. 1 Satz 1, 27 Abs. 1 Satz 1 VVG als Beispiele dienen können.

Bei bestimmten Obliegenheitsverletzungen hat der Gesetzgeber auch, wie die §§ 16 Abs. 2 Sätze 2 und 3, 17 VVG zeigen, auf den Rücktritt als Beendigungsgrund zurückgegriffen. Das Gesetz steht dieser Form der Vertragsbeendigung aber eher restriktiv gegenüber. Dies ergibt sich bereits aus der Regelung in § 6 Abs. 4 VVG, wonach die Vereinbarung des Rücktrittsrechts als Sanktionsfolge einer Obliegenheitsverletzung unzulässig ist. Der Grund hierfür dürfte darin zu sehen sein, daß die rechtliche Wirkung des Rücktritts darin besteht, Vertragsverhältnisse in ein Rückgewährschuldverhältnis umzuwandeln.¹⁹⁹ Dies bedeutet, daß der Rücktritt, anders als die Kündigung, Rechtswirkungen auch für die Vergangenheit entfaltet, was auch in § 20 Abs. 2 Satz 2 VVG zum Ausdruck gebracht wird. Danach führt der Rücktritt nicht nur zum Erlöschen bestehender Leistungspflichten, sondern auch zur Wiederherstellung des Status quo ante.²⁰⁰ Im Unterschied zum BGB-Rücktritt wird jedoch am Prinzip der gegenseitigen Rückabwicklung nicht streng festgehalten. Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VVG kann der Versicherer beim Rücktritt wegen Verletzung der Anzeigepflicht gemäß §§ 16 und 17 VVG die Prämie bis zum Schluß der laufenden Versicherungsperiode behalten, was im Ergebnis auf eine Vertragsliquidation mit einseitiger Rückwirkung hinausläuft.²⁰¹ Vor diesem Hintergrund erscheint es berechtigt, dem Rücktritt als Sanktionsfolge von Obliegenheitsverletzungen eher Ausnahmecharakter beizumessen.

Soweit die Verletzung von Obliegenheiten mit dem Verlust des Versicherungsschutzes verbunden ist, es sich also um Verwirkungsfolgen handelt, ist auch die Vertragsfreiheit, insbesondere die diesbezügliche Gestaltungsfreiheit des Versicherers, stark eingeschränkt. Im Hinblick auf die mit dem Verlust des Versicherungsschutzes verbundenen, insbesondere wirtschaftlichen Nachteile, wollte der Gesetzgeber dem Versicherungsnehmer einen gewissen Mindestschutz gewährleisten, wie die §§ 15 a, 34 a VVG zeigen. Handelt es sich dagegen um Verletzungsfolgen, die für den

¹⁹⁷ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 20 VVG.

¹⁹⁸ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 8 Anm. 36 VVG.

¹⁹⁹ PALANDT-HEINRICHS: Einf. V. § 346, Anm. 1 b BGB; PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 20 Anm. 5 VVG.

²⁰⁰ ESSER-SCHMIDT: *Schuldrecht*, Band 1, Allgemeiner Teil, § 19 III:

²⁰¹ EHRENZWEIG: a.a.O., S. 89.

Versicherungsnehmer zwar nachteilig, jedoch nicht von so einschneidender Wirkung sind, wie dies beim Verlust des Versicherungsschutzes der Fall ist, gewinnt auch die Vertragsfreiheit wieder an Bedeutung. Als mögliche Sanktionsfolgen können in diesem Zusammenhang die Vereinbarung einer Vertragsstrafe oder die gesetzliche Zugangsfiktion nach § 10 Abs. 1 VVG²⁰² genannt werden. Diesen Verletzungsfolgen kommt aber nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

Wird der Versicherer trotz der vom Gesetzgeber normierten Rechtsfolgebeschränkungen – Verschuldensprinzip, Kausalitätsprinzip – von seiner Leistungspflicht befreit, so stellt sich die Frage, in welchem Umfang sich Obliegenheitsverletzungen auf die Rechtsstellung von Versicherer und Versicherungsnehmer auswirken. Die Lösung, welche dem VVG in seiner ursprünglichen Fassung zugrunde lag, ging davon aus, daß der Versicherungsnehmer bei nachlässiger Risikobetreuung gänzlich den Anspruch auf die Versicherungsleistung verlieren sollte. Dafür kristallisierte sich der Begriff des Alles-oder-nichts-Prinzips heraus.²⁰³ Auch heute noch ist das Alles-oder-nichts-Prinzip, wie die Regelungen in den §§ 6 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, 62 Abs. 2 Satz 1 VVG zeigen, in hohem Maße für das deutsche Privatversicherungsrecht kennzeichnend. Auch die zwischenzeitlich erfolgten gesetzlichen Novellierungen, die das Alles-oder-nichts-Prinzip nicht aufgehoben, sondern in bestimmten Fällen lediglich abgeschwächt haben,²⁰⁴ belegen dies. Solche Abschwächungen sind in den §§ 6 Abs. 3 Satz 2, 62 Abs. 2 Satz 2 zu finden, die das Alles-oder-nichts-Prinzip in einen gewissen Beziehungszusammenhang zu dem Verschuldensprinzip stellen.

Eine bedeutende Einschränkung hat das Alles-oder-nichts-Prinzip durch die sogenannte Relevanzrechtsprechung²⁰⁵ erfahren. Würde allein auf den Wortlaut der §§ 6 Abs. 3 Satz 1, 62 Abs. 2 Satz 1 VVG abgestellt, müßte auch eine folgenlose vorsätzliche Obliegenheitsverletzung zur Leistungsfreiheit führen. Dadurch entsteht aber der Eindruck, als wolle der Gesetzgeber den vorsätzlich handelnden Versicherungsnehmer bestrafen, da die Sanktion unabhängig davon eintreten soll, welche Folgen das vorsätzliche Verhalten auf die Gefahrrealisierung hatte. Dies veranlaßte die Rechtsprechung dazu, den Verlust des Versicherungsschutzes von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen, um so den Versicherungsnehmer vor willkürlichen bzw. unverhältnismäßigen Sanktionen zu schützen. Dieses Bestreben kommt in der Forderung zum Ausdruck, daß der Verstoß des Versicherungsnehmers objektiv und subjektiv relevant, d.h. von einigem Gewicht sein müsse²⁰⁶, wofür eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Gesichtspunkte maßgeblich ist. Nach neuerer Rechtsprechung ist dies nur dann zu bejahen, wenn der Verstoß generell geeignet ist, berechnete Interessen des Versicherers zu gefährden und dem Versicherungsnehmer insoweit ein erhebliches Verschulden zur Last fällt²⁰⁷, so daß sich der Verlust des Versicherungsschutzes als adäquate Reaktion darstellt.

²⁰² Nach dieser Vorschrift gilt eine Willenserklärung des Versicherers für den Fall, daß der Versicherungsnehmer seine Wohnung ändert, diese Änderung dem Versicherer aber nicht mitteilt, dann als zugegangen, wenn der Versicherer die Erklärung an die letzte bekannte Wohnungsadresse sendet.

²⁰³ MINNIER, ROLF PETER: *Das Alles-oder-nichts-Prinzip bei Obliegenheitsverletzungen im Privatversicherungsrecht*, Diss. Göttingen 1967.

²⁰⁴ BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 21 VVG.

²⁰⁵ BGH VersR 1982, S. 182 f.; 1978, S. 73 f. und andere.

²⁰⁶ BGHZ 53, S. 160, 164.

²⁰⁷ So beispielsweise OLG Köln VersR 1984, S. 378.

Eine weitere, den Versicherungsnehmer begünstigende Korrektur des Alles-oder-nichts-Prinzips versucht der BGH dadurch zu erreichen, daß er die in § 6 Abs. 2 VVG vorgegebene Beweislastkonstellation modifiziert.²⁰⁸ Dem Versicherungsnehmer wird es in der Regel nicht gelingen, den fehlenden Vorsatz zu beweisen, weshalb das Alles-oder-nichts-Prinzip schon bei vermutetem Vorsatz eingreifen würde. Nach Auffassung des BGH ist dies aber eine unangemessene Beweislastverteilung. Daher wird vom Versicherer verlangt, dem Versicherungsnehmer vorsätzliches Handeln nachzuweisen, wenn er sich auf die Leistungsfreiheit berufen möchte.

II. In Ungarn

Wenn der Versicherer erst nach dem Vertragsabschluß von wesentlichen, den Vertrag berührenden Umständen Kenntnis erlangt hat und wenn ihm ferner die Änderung von wesentlichen, im Vertrag festgehaltenen Umständen mitgeteilt wird, kann er gemäß § 541 Ptk. innerhalb von fünfzehn Tagen schriftlich einen Vorschlag zur Änderung des Vertrags unterbreiten bzw. – wenn er das Risiko im Sinne des Reglements nicht übernehmen kann – den Vertrag mit dreißigtägiger Frist schriftlich kündigen. Wenn der Versicherte den Änderungsvorschlag nicht annimmt oder darauf innerhalb von fünfzehn Tagen nicht antwortet, erlischt der Vertrag am dreißigsten Tag nach der Mitteilung des Änderungsvorschlages. Auf diese Folge muß der Versicherte bei der Unterbreitung des Änderungsvorschlages hingewiesen werden. Wenn der Versicherer von diesem Recht keinen Gebrauch macht, bleibt der Vertrag mit dem ursprünglichen Inhalt in Kraft.

Gemäß § 543 Ptk. erlischt der Vertrag mit Verstreichen des dreißigsten Tages nach Fälligkeit der Versicherungsprämie, wenn die ausstehende Prämie bis dahin nicht gezahlt worden ist und der Versicherte auch keinen Aufschub erhalten bzw. der Versicherer die Prämienforderung nicht auf dem Gerichtswege geltend gemacht hat. Der Versicherer kann die Auflösung des Vertrages und den Termin einer Geltendmachung auf dem Gerichtswege um weitere dreißig Tage hinausschieben, wenn er vor Ablauf von dreißig Tagen nach der Fälligkeit den Versicherten unter Mitteilung dieses Umstandes schriftlich zur Zahlung aufgefordert hat.

Bei Eintritt des Versicherungsfalls muß der Versicherer – wie dies § 553 Ptk. ausdrücklich für die Sachversicherung bestimmt – seine Leistung in der im Reglement festgelegten Zeit erfüllen. Wenn die Versicherungssumme geringer ist, als der Wert des Vermögensgegenstandes, muß der Versicherer den Schaden in Ermangelung einer entgegengesetzten Vereinbarung in einem solchen Verhältnis erstatten, wie die Versicherungssumme im Verhältnis zum Wert des Vermögensgegenstandes steht. Nach § 554 Ptk. sinkt die Versicherungssumme für das laufende Versicherungsjahr um die gezahlte Schadenersatzsumme, es sei denn, daß die Vertragspartei die Jahresprämie entsprechend ergänzt. Diese Bestimmung darf im Bereich der Haftpflicht- und der Unfallversicherung nicht angewendet werden.

Bei einer Verletzung der auf die Mitteilung bzw. die Anmeldung der Änderung gerichteten Pflicht tritt die Pflicht des Versicherers nach § 540 Abs. 3 Ptk. nicht ein, es

²⁰⁸ BGHZ 52, S. 86, 91; BGH VersR 1969, S. 694; 1970, S. 613 f.

sei denn, es wird nachgewiesen, daß der Versicherer den verschwiegenen oder nicht angemeldeten Umstand bei Vertragsabschluß kannte oder dieser keinen Einfluß auf das Eintreten des Versicherungsfalls genommen hat. Nach § 544 Abs. 2 tritt die Pflicht des Versicherers nach einem Schadensfall nicht ein, wenn der Versicherte die in § 544 Abs. 1 vorgeschriebenen Pflichten nicht erfüllt und deshalb wesentliche Umstände nicht ermittelt werden können.

Bei der Sachversicherung wird der Versicherer gemäß § 556 Ptk. von seiner Zahlungspflicht befreit, wenn er nachweist, daß der Schaden rechtswidrig a) durch den Versicherten bzw. die Vertragspartei, b) durch einen mit ihnen in einem gemeinsamen Haushalt lebenden Angehörigen, c) durch Angestellte bzw. Beauftragte des Versicherten, die einen im Reglement festgelegten Arbeitsbereich ausüben, d) durch die im Reglement festgelegten Mitglieder oder Organe der versicherten juristischen Person vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist. Das Reglement kann die Befreiung des Versicherers nur an das Verhalten des Leiters und ferner der Angestellten, Beauftragten, Mitglieder bzw. Organe binden, die einen mit der Verwaltung der versicherten Vermögensgegenstände verbundenen Arbeitsbereich ausüben. (g) Diese Bestimmungen sind auch auf die Verletzung der Pflicht zur Schadensvorbeugung und Schadensminderung anzuwenden.

Aufgrund eines Haftpflichtversicherungsvertrages kann der Versicherte gemäß § 559 Ptk. fordern, daß der Versicherer ihn in der im Vertrag festgelegten Höhe von der Erstattung eines Schadens befreit, für den er laut Rechtsvorschrift haftet. (2) Der Versicherer darf die festgelegte Schadenersatzsumme nur an den Geschädigten auszahlen; der Geschädigte darf jedoch seinen Anspruch nicht direkt gegenüber dem Versicherer geltend machen. Der Versicherte kann nur dann fordern, daß der Versicherer an ihn zahlen soll, wenn er die Forderung des Geschädigten beglichen hat. Den Versicherer befreit dem Geschädigten gegenüber auch kein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des Versicherten. In den im Vertrag festgelegten Fällen von vorsätzlicher Schädigung und ferner von grober Fahrlässigkeit kann er jedoch vom Versicherten die Erstattung der gezahlten Versicherungssumme fordern, es sei denn, daß der Versicherte nachweist, daß das schädigende Verhalten nicht rechtswidrig war. Ein Vergleich des Versicherten und des Geschädigten ist dem Versicherer gegenüber nur dann gültig, wenn ihn der Versicherer zur Kenntnis genommen hat, und die gerichtliche Verurteilung des Versicherten nur dann, wenn der Versicherer am Prozeß teilgenommen hat, für die Vertretung des Versicherten gesorgt hat oder davon zurückgetreten ist.

1. Die Grenzen zuldssiger Verhaltenserwartungen

Verhaltenserwartungen können nicht schrankenlos formuliert werden, da diese mehr oder weniger stark in den individuellen Persönlichkeitsbereich des Versicherungsnehmers eingreifen. Daher müssen sich auch die auferlegten Verhaltensanforderungen innerhalb bestimmter rechtlicher und tatsächlicher Grenzen halten. Wird vom Versicherungsnehmer ein Verhalten gefordert, das die Grenzen dessen, was von ihm erwartet werden kann, überschreitet, darf ihm dies nicht angelastet werden. In diesem Fall liegt schon tatbestandlich keine Obliegenheitsverletzung vor.

Der Gesetzgeber erwartet vom Versicherungsnehmer nur dann ein bestimmtes Verhalten, wenn dieses in einem gewissen Zusammenhang zu der versicherten Gefahr bzw. den zugrundeliegenden Gefahrenumständen steht. Den rechtlichen Beurteilungsmaßstab zur Bestimmung dieses Zusammenhangs bildet das Merkmal der "Erheblichkeit". Allgemein formuliert folgt daraus, daß das vom Versicherungsnehmer erwartete Verhalten bereits vom Gegenstand des Versicherungsvertrages, nämlich der "versicherten Gefahr" her, auf seine rechtliche Zulässigkeit hin beurteilt wird. Maßstab ist dabei das Merkmal der "Erheblichkeit". Insoweit kann man in diesem Zusammenhang auch von einer "gefahrbezogenen" Grenze zulässiger Verhaltens-erwartungen sprechen.

Auch das Merkmal der Zumutbarkeit, als Mittel zur Beschränkung bestimmter Verhaltenserwartungen, ist dem VVG nicht fremd. Mit dem Begriff der Zumutbarkeit wird ein Maßstab zur Verhaltensbegrenzung eingeführt, der inhaltlich festlegt, was die Rechtsgemeinschaft, hier speziell die Versichertengemeinschaft, dem Versicherungsnehmer in einer bestimmten Situation zumuten kann. Geistiger Pate dieser Vorstellung ist die Erkenntnis, daß die Rechtsgemeinschaft vom einzelnen nichts Unmögliches verlangen darf. Beispielsweise besteht für den Versicherungsnehmer nur dann die Pflicht, bestimmten Verhaltensanforderungen nachzukommen, wenn er die physischen und psychischen Voraussetzungen hierfür besitzt.²⁰⁹ Soweit dies nicht der Fall ist, begehrt er schon aus diesem Grunde keine Obliegenheitsverletzung, weil eine unzumutbare Verhaltensweise von ihm redlicherweise nicht erwartet werden kann. Letztlich handelt es sich also um eine, an den individuellen Verhältnissen orientierte und vom sorgfältig handelnden Versicherungsnehmer ausgehende Wertungsfrage, die alle relevanten aus der Individualsphäre des Versicherungsnehmers stammenden Umstände danach zu beurteilen hat, ob bei deren Berücksichtigung die Erfüllung der Obliegenheit verlangt werden kann. Danach handelt es sich beim Zumutbarkeitsbegriff um einen subjektiven Wertungsmaßstab zur Begrenzung von Verhaltenserwartungen. Schließlich erfahren die Verhaltensanforderungen noch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit Einschränkungen. Danach ist maßgeblich, ob der Versicherer nicht mit einer den Versicherungsnehmer weniger belastenden Verhaltensanforderung das gleiche Ziel erreichen kann. Die konkrete Entscheidungsfindung hat dabei von einer zweckorientierten Betrachtungsweise auszugehen.

Die normierten Verhaltensgrenzen bringen nicht nur den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß Verhaltenserwartungen, sollen sie nicht illusorisch sein, begrenzt werden müssen, sondern auch, daß es notwendig ist, bei einzelnen elementaren Obliegenheiten die genannten Beschränkungen besonders zu betonen. Rechtsdogmatisch ändert dies aber nichts daran, diese Restriktionen lediglich als spezielle positivrechtliche Konkretisierungen des das Versicherungsverhältnis in besonderem Maße prägenden Gebots von Treu und Glauben anzusehen. Dahinter verbirgt sich letztlich der verallgemeinerungsfähige Grundsatz, daß im Versicherungsrecht eine besondere Berücksichtigung von Treu und Glauben geboten, ja notwendig ist, da das Versicherungsverhältnis in besonderem Maße vom gegenseitigen Vertrauen bestimmt wird. Dem Versicherungsvertrag sind nämlich, in weitaus größerem Maße als bei sogenannten normalen Schuldverhältnissen, partnerschaftliche bzw. gemeinschafts-

²⁰⁹ WILKENS: a.a.O., S. 46.

bezogene Elemente immanent. Danach wird sich der Versicherer immer die Frage stellen müssen, ob er redlich handelt, wenn er vom Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten verlangt, da er im Rahmen des Zumutbarkeitserfordernisses immer auch die Belange des Versicherungsnehmers im Auge haben muß.²¹⁰ Gleichwohl darf der Umstand, daß das Versicherungsverhältnis in besonderer Weise vom Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme beeinflusst wird, nicht dazu führen, die Bedeutung des Gebots von Treu und Glauben im Versicherungsrecht vergleichbar der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht des Gesellschafters aufzuwerten und damit zu einer umfassenden Treuepflicht hochzustilisieren. Der Grundsatz von Treu und Glauben kann daher im Versicherungsrecht nur bedeuten, unter besonderer Rücksichtnahme auf die schützenswerten Interessen des Vertragspartners zu handeln. Diese Rücksichtnahme erfordert es auch, vom Versicherungsnehmer nur dann ein bestimmtes Verhalten zu verlangen, soweit dies im konkreten Einzelfall für die versicherte Gefahr erheblich, die zweckorientierte Realisierung des Versicherungsverhältnisses erforderlich und dem Versicherungsnehmer auch zumutbar ist.

2. Die Rechtsnatur versicherungsrechtlicher Obliegenheiten

Der Streit um die Rechtsnatur der Obliegenheiten setzt sich im wesentlichen mit der Frage auseinander, ob unter dem Begriff der Obliegenheiten echte Rechtspflichten oder lediglich sonstige Verhaltensanforderungen zu verstehen sind. Dieser Streit ist nicht bloß von rechtstheoretischer Bedeutung, sondern mit rechtlichen Konsequenzen, insbesondere für das Problem der Haftung des Versicherungsnehmers für Dritte, verbunden. Die in § 278 BGB getroffene Regelung kann nämlich unmittelbar nur dann zur Anwendung kommen, wenn es sich bei den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten um Pflichten handelt. Nur dann könnte davon gesprochen werden, daß der Versicherungsnehmer dem Versicherer deren Beachtung "schuldet", und nur in diesem Fall wäre es zutreffend zu sagen, daß sich der Versicherungsnehmer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber dem Versicherer eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB bedient.

a) Die Voraussetzungstheorie

Die heute noch herrschende Meinung²¹¹ spricht den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten den Charakter echter Rechtspflichten ab. Die versicherungsrechtlichen Verhaltensanforderungen werden vielmehr als "zum Vertragsinhalt erhobene Voraussetzung für die Erbringung oder den Umfang der Leistung oder für das sonstige Tun des Versicherers" angesehen.²¹² Das vom Versicherungsnehmer erwartete Verhalten wird somit als Tatbestandsvoraussetzung für die Entstehung oder Erhaltung von Ansprüchen aus dem Versicherungsvertrag interpretiert.²¹³ Eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers zu diesem Verhalten soll danach also nicht bestehen. Diese Ansicht ist im wesentlichen auf die Vorstellung zurückzuführen, daß es sich bei den

²¹⁰ RGZ 169, S. 24, 30 ff.

²¹¹ BRUCK: a.a.O., S. 284; SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, S. 102 und andere.

²¹² BRUCK: a.a.O., S. 284; BRUCK/MÖLLER: a.a.O., § 6 Anm. 10 VVG.

²¹³ STAUDINGER: a.a.O., Einl. zu § 241 ff., Rdnr. 240 ff.

versicherungsrechtlichen Obliegenheiten um nicht erzwingbare Verhaltensanforderungen handelt, deren Verletzung somit auch keine sekundären Verpflichtungen, wie beispielsweise Schadensersatzansprüche, auslösen könne.²¹⁴ Dies sei aber bei Rechtspflichten regelmäßig der Fall.

Der Verhaltensverstoß soll für den Verhaltensadressaten lediglich mit dem Verlust ihm günstiger Rechtspositionen verbunden sein. Die Rechtfertigung hierfür wird aus einer Interessenanalyse abgeleitet, nach der die Erfüllung einer Obliegenheit im ureigensten Interesse des Versicherten liege²¹⁵, zumal die Nichterfüllung für ihn mit dem Nachteil verbunden ist, die Deckung aus dem Versicherungsvertrag zu verlieren, was dann zur Leistungsfreiheit des Versicherers führt.

Da somit Obliegenheitsverstöße lediglich zu Rechtsnachteilen beim Versicherungsnehmer führen, wird die Erfüllung der Obliegenheiten als Voraussetzung zur Erhaltung des Versicherungsanspruches angesehen.

b) Die sogenannte Rechtszwangtheorie

Diese Theorie, die von R. Schmidt²¹⁶ entwickelt wurde, verdient schon deshalb eine besondere Beachtung, weil der Autor darum bemüht war, den Begriff der Obliegenheiten auf allgemein zivilrechtlicher Basis darzustellen, ihn also aus seiner versicherungsrechtlichen Einbindung herauszulösen. Vom Regelungsinhalt her qualifiziert R. Schmidt die Obliegenheiten als Verhaltensnormen, die im Gegensatz zu den echten Rechtspflichten lediglich als Pflichten im weiteren Sinne anzusehen sind.²¹⁷ Grund hierfür soll deren verminderte Zwangsintensität sein, da diese Verhaltensanforderungen weder einklagbar sind noch bei deren Verletzung ein Anspruch auf Schadensersatz besteht. Regelungen, die für den Fall eines bestimmten Fehlverhaltens rechtliche Nachteile androhen, bezeichnet R. Schmidt dabei als sogenannte Nötigungstatbestände, da sie einen gewissen Druck auf das Verhalten einer Person ausüben, wenn diese gewisse Nachteile für sich vermeiden will. Innerhalb dieser Nötigungstatbestände unterscheidet er zwischen zwei Gruppen: Zum einen soll es Normen geben, bei denen die Nötigung allein durch die logisch-kausale Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge ausgeübt wird, wie das beispielsweise bei Prozeßlasten und der Verjährung der Fall ist. Das Ziel der maßgeblichen Norm besteht hier nicht darin, denjenigen, dem der Nachteil droht, zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Vielmehr erschöpft sich hier der Zwang lediglich in einer bloß psychischen Nötigungswirkung.²¹⁸ Hier wird dann von einem sogenannten funktionalen Nötigungstatbestand²¹⁹ gesprochen. Andererseits soll es aber auch solche Nötigungstatbestände geben, die über diese bloß funktionelle Verknüpfung hinaus die Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens zum Ziel haben. Dieser Zweckrichtung entsprechend spricht R. Schmidt dann von sogenannten teleologischen Nötigungstat-

²¹⁴ THEDA, WERNER: *Die vertraglich vereinbarten Obliegenheiten in der Kraftfahrthaftpflichtversicherung*, in: MDR 1970, S. 474 ff., 476 m.w.N.; EICHLER: a.a.O., S. 41 m.w.N.

²¹⁵ BISCHOFF: a.a.O., S. 799, 801; WERTH: a.a.O., S. 4 f.

²¹⁶ SCHMIDT, REINER: *Die Obliegenheiten*, 1953, S. 312–321.

²¹⁷ SCHIRMER, HELMUT: *Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten*, in: Festschrift für R. Schmidt, 1976, S. 821, 843.

²¹⁸ SCHMIDT: *Obliegenheiten*, S. 76 ff, 313.

²¹⁹ SCHMIDT: *Obliegenheiten*, S. 313.

beständen. Dabei sollen teleologische Nötigungstatbestände mit größerer Zwangswirkung die Qualität von Verbindlichkeiten mit voller Pflichtenstellung und solche mit schwächerer Zwangswirkung die Qualität von Pflichten mit minderer Zwangsintensität haben. In den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten sieht er Pflichten mit minderer Zwangsintensität.²²⁰ Welcher Gruppe ein bestimmter Nötigungstatbestand zugeordnet werden könne, soll einmal aus der Formulierung des Tatbestandes und zum anderen aus der Beurteilung der Interessenlage folgen. Soweit ein Nötigungstatbestand sowohl im Interesse des Gläubigers wie auch im Interesse des Schuldners liege, könne nur von einer Obliegenheit ausgegangen werden.²²¹

c) Die Verbindlichkeitstheorie

Die Vertreter der Verbindlichkeitstheorie²²² sehen in den versicherungsrechtlichen Obliegenheiten echte Rechtspflichten, die sich von anderen zivilrechtlichen Verpflichtungen nicht wesentlich, jedenfalls was die strukturellen Mindestanforderungen an eine Rechtspflicht angeht, unterscheiden. Folglich ist für diese Ansicht die Erfüllung dieser Obliegenheiten auch grundsätzlich selbständig einklagbar. Darüber hinaus soll bei Nichterfüllung einer versicherungsrechtlich geforderten Verhaltensweise sogar ein Schadensersatzanspruch des Versicherers entstehen, wenngleich eingeräumt wird, daß ein Erfüllungszwang oder ein Schadensersatzverlangen häufig unzweckmäßig, ja sogar geschäftspolitisch verfehlt sein kann.²²³ Die rechtliche Begründung dieser Auffassung wird einerseits auf den erkennbaren Willen des Gesetzgebers des VVG sowie den darauf beruhenden Wortlaut der gesetzlichen Regelung gestützt. So spricht die Begründung zum VVG²²⁴ von der Pflicht zur Prämienzahlung als einer der wichtigsten "Obliegenheiten", was als Indiz dafür gesehen wird, daß der Gesetzgeber des VVG die Worte Pflicht und Obliegenheit als inhaltlich übereinstimmende Begriffe angesehen hat. Sprachlich formal wird dies damit begründet, daß der Gesetzgeber den Begriff "Obliegenheit" lediglich als sprachliche Abwandlung des Begriffs der "obligatio" benutzen wollte. In materiell-rechtlicher Hinsicht soll der besagte gesetzgeberische Wille durch die Art und Weise der getroffenen sprachlichen Formulierungen der jeweiligen Verhaltensanforderungen zum Ausdruck kommen. Schließlich wird von den Vertretern der Verbindlichkeitstheorie noch darauf hingewiesen, daß für die Beurteilung der Rechtsnatur der Obliegenheiten die Frage der Einklagbarkeit sowie des Schadensersatzes nicht wesensimmanent ist, da es auch Verbindlichkeiten gibt, die nicht einklagbar sind, wie die selbständigen Nebenpflichten zeigen²²⁵, deren Verletzung aber dennoch zu einem Schadensersatz führen kann.

²²⁰ SCHMIDT: *Obliegenheiten*, S. 302.

²²¹ SCHMIDT: *Obliegenheiten*, S. 314 ff.

²²² PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 4 VVG; EHRENZWEIG: a.a.O., S. 147 ff.; RITTER-ABRAHAM: a.a.O., S. 38 ff.

²²³ EHRENZWEIG: a.a.O., S. 147 f.

²²⁴ Amtliche Begründung zum VVG, S. 26, 46 ff, 71; auch die Motive zum Entwurf eines Versicherungsvertragsgesetzes, S. 80, sprechen von "obligierenden Pflichten".

²²⁵ Vgl. PRÖLSS/MARTIN: a.a.O., § 6 Anm. 4 VVG.

d) Stellungnahme

Ein wesentlicher, wenn nicht der Hauptgrund der kontrovers geführten Diskussion wird von der Vorstellung beeinflusst, daß sich hinter dem Begriff der versicherungsrechtlichen "Obliegenheiten" etwas Besonderes verbergen muß. Hätte der Gesetzgeber mit dem versicherungsrechtlichen Obliegenheitsbegriff aber ein inhaltlich neues, neben der Kategorie der Rechtspflichten stehendes Rechtsinstitut schaffen wollen, dann hätte er dies aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit eindeutiger zum Ausdruck bringen müssen, zumal bei der Normeninterpretation anerkanntermaßen auf den objektivierten Willen des Gesetzgebers abzustellen ist.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, daß es sich bei den privatversicherungsrechtlichen Obliegenheiten um echte Rechtspflichten handelt, bei denen die Einklagbarkeit nicht von vornherein – das Interesse des Versicherers ist im Einzelfall maßgebend – rechtlich ausgeschlossen erscheint. Die Art der Verletzungsfolgen kann kein rechtserhebliches Kriterium für die Bestimmung der Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten sein, da Rechtsfolgenregelungen strukturell und funktionell den Besonderheiten des zu regelnden Rechtsverhältnisses, hier also dem Versicherungsverhältnis, Rechnung tragen müssen. Daß der Verlust des Versicherungsschutzes den Versicherungsnehmer zumindest genauso hart, wenn nicht gar härter trifft als ein Erfüllungszwang oder ein entsprechender Schadensersatzanspruch, läßt die Folgerung zu, in der Leistungsbefreiung nicht von vornherein eine Rechtsfolge von minderer Zwangsintensität zu sehen. Nach alledem spricht mehr für als gegen das Vorliegen echter Rechtspflichten.

HANS-GEORG GÜNTHER

A KÖTELEZETTSÉG RENDJE A MAGÁNBIZTOSÍTÁSI JOGBAN

(Összefoglalás)

A tanulmány német szerzője rendkívül részletes áttekintést nyújt a magánbiztosítás jogi feltételrendszeréről, figyelemmel elsősorban a hatályos német jog megoldásaira. Napjainkban mindinkább aktuális téma kifejtésére vállalkozott a munka, hiszen ismert jelenség, hogy Európa lakossága mindinkább előrepszik demográfiai értelemben, a magas életszínvonalat nyugdíjas korban és korlátozott élethelyzetekben is biztosító pénzügyi rendszerek, elsősorban az állami nyugdíjalapok mind kevésbé képesek eleget tenni az elvárásoknak. Európában is felértékelődik tehát mindinkább az amerikai típusú magánbiztosítási rendszer, amelynek lényege, hogy az aktív életkorban befizetett céltartalékok önálló pénzügyi életet élnek, és tőkésítve olyan hozadékot termelnek, ami a nyugdíjas életkor elérése után élvezhető. E rendszer megvalósítása nagyon komplex jogi kérdéseket vet fel, s a dolgozat ezek feltárását végzi el, dogmatikai igényességgel.

A tanulmányban szó esik a biztosítási helyzetek általános elemzéséről, valamennyi szóba jöhető rendszertani szempont figyelembe vételével. Kiemelten szól a szerző az elképzelhető jogsértések esettípusairól és a szankcionálás nagyon fontos problematikájáról, azok leglényegesebb fajtáiról. Rövidebben, de olvashatunk a magánbiztosítási kötelmekkel kapcsolatos elméletekről is.

A dolgozat komparatív megközelítést alkalmaz, és főbb vonásaiban bemutatja a részletesen elemzett német modell mellett a magyar jogi szabályozás legfontosabb elemeit és jogintézményeit is.

HEKA LÁSZLÓ

A horvát bán Magyarország alkotmánytörténetében

A horvát állam megalapítása

A legkorábbi horvát történelemről, a horvátok honfoglalásáról és első államalapítási kísérletekről keveset tud a történettudomány. Az erre a korszakra vonatkozó okiratok eredete ugyanis kétséges, így a legkorábbi horvát történelem legjelentősebb forrása Bíborbanszületett Konstantin *A birodalom kormányzása* című munkája.¹ Ez alapján született meg a horvát honfoglalási elmélet, amely szerint a VI. század második felében az avarok elfoglalták a Duna–Tisza-melléket, mire Hérakleiosz császár birodalma határainak védelmére a horvátokat segítségül hívta (vagy legalább nem ellenezte az előrenyomulásukat *Dalmatia* és *Liburnia* tartományokba). A horvátok (illetve fehér horvátok) 626 – az avarok konstantinápolyi veresége – után telepedtek le új hazájukba. Erről Bíborbanszületett Konstantin császár művének 31. fejezetében a következőket olvashatjuk:

„... így hát Hérakleiosz császár parancsára ezek a horvátok levervén és kiűzvén onnan az avarokat, Hérakleiosz császár rendelete folytán megtelepedtek az avaroknak ezen a földjén, melyen most is laknak.”²

A horvátok egy nemzetsége (öt fivér: *Klukas*, *Lobel*, *Kozences*, *Muchlo* és *Krobat*, s két nővér: *Tuga* és *Buga*) 630–640 között érkezett Fehér Horvátországból az új hazájukba. Fehér Horvátország (a régi hazájuk), mint külön politikai egység még a X. században is fennállt a Kárpátok mögött, a Kis-Lengyelországban (Krakkó székhelyével) volt. Miután legyőzték az avarokat és a szlávokat Dalmatiában és Liburniában, megtörtént a honfoglalás. A legyőzöttek egy részét a horvátok meggyilkolták, másik részüket elűldözték, végül az avarok egy része elfogadván a horvát fennhatóságot, maradt, valószínűleg Gács, Korbávia és Lika területén. Ezzel magyarázható az a tény, hogy e megyék területén alakult ki egy külön igazgatási egység a horvát bán vezetése alatt. Maga a

¹ CONSTANTINE PORPHYROGENITUS: *De administrando imperio* (A birodalom kormányzása). Moravcsik Gyula fordítása, Budapest, 1950.

² Uo. 31. fejezet.

császár (Bíborbanszületett Konstantin) a már hivatkozott művében megemlíti, hogy ezen a térségen kell keresni az „*avarok maradékait*”.³

Ferdo Šišić neves horvát történész szerint a honfoglaló horvátok az északnyugati szláv nyelvcsoporthoz tartoztak, amíg a legyőzött szlávok (az avarok alattvalói) a délkeleti nyelvcsoporthoz. Mivel a honfoglaló horvátság csekély számú volt – csupán az uralkodó réteg –, így megtörtént a történelemben ismert eset, hogy a betelepült győztes lakosok átvették az alattvalóik nyelvét, azok pedig az uralkodóik nevét.⁴

A honfoglalás után felbomlott a nemzetségek közötti kötelék. A letelepedett horvátok egy része – írja Konstantin császár – különvált és elfoglalta *Illyricumot* és *Pannóniát* (a Dráva és Száva közötti tartományok). Tehát a horvátok nem egy, hanem két államalakulatot hoztak létre.

A horvátok a Száván túl építették ki az államukat, melyet a horvát szakirodalom Dalmát–Horvátországgént említ, hogy ezzel meg tudja különböztetni a *Pannonia Saviától*, Dráva és Száva között fekvő államocskától, melyet Pannon–Horvátország néven említ a horvát történetírás.

A Dalmát–Horvátország területe a Cetina folyótól északnyugatra a Verbász és Száva illetve Una folyókig, valamint Szluinon keresztül Zenggig terjeszkedett. A terület 11 zsupánságból (*županija*, zsupánia, megye) valamint egy három zsupánságból álló bánságból állott. Ez utóbbi a bánnak közvetlen kormánya alatt állt. A *báni zsupánságok*: *Lika*, Korbávia (*Krbava*) és Gács (*Gacko*) voltak. A többi zsupánságok elnevezései: *Clebiana* (Hlievno, Livno), *Tzensena* (Cetina), *Imota*, *Pleba* (Pliva), *Pesenta* (Vezenta, Jajcától északra), *Parathalassia* (Primorje, tengermellék), *Brebera* (Bribir, Bribir, Veglia és a Kari tó között), *Nona* (Nin), *Sidrag*, *Nina* (Smina) és *Tinin* (Knin).

A „*Pannon–Horvátország*” székhelye Sziszek (Sisak) volt. Külön nevét ennek az államocskának sehol sem találunk. A magyar irodalomban a XII. században lassan elterjedt a *Szlavónia* (a szlávok–horvátok földje) elnevezés.

A két horvát (a középkorban a horvátokat gyakran szlávoknak nevezik) állam egymástól független volt.

A historiográfia gyakran a horvát állam születését a IX. századra teszi. Ezt azzal magyarázza, hogy e századból erednek az első írott feljegyzések a horvátokról, illetve azok fejedelmeiről.

A letelepedett horvátok államszervezetének alapját a család és a nemzetség képezte. Egyes családok házközösségben (*zadruga*) éltek, mely egy vagy több falura terjedt ki. Több család összességének területe a zsupánságot (megyét) képezte, melynek élén a *zsupán* (ispán) állt. Elfogadott az a vélemény, hogy eleinte Horvátországban nem létezett közös fejedelem, a zsupánok pedig egymás között egyenrangúak voltak. Ezt a nézetet azonban cáfolja Bíborbanszületett Konstantin művének 30. és 31. fejezete, melyekben a császár kimondja, hogy a dalmát–horvátoknak és a pannon–horvátoknak „*arkhont*”-juk volt.⁵ A letelepedett horvátok tehát nem egy laza törzsi szövetséget al-

³ NADA KLAJČ: *Povijest Hrvata u ranom srednjem vijeku* (A horvátok története a korai középkorban), Manualia Universitatis Studiorum Zagabiensis, Zágráb, 1975, 137, ezzel a ténnyel hozza összhangba Borna horvát herceg „*dux Guduscanorum*” címét.

⁴ FERDO ŠIŠIĆ: *Pregled povijesti hrvatskoga naroda*, Zágráb, 1975, 75.

⁵ HEKA LÁSZLÓ: *Doseljenje Hrvata u domovinu i ustopava Hrvatske države* (A horvátok letelepedése és a horvát állam születése), Godišnjak Hrvatskog glasnika 1997. (A Hrvatski glasnik lap 1997. évi évkönyve), Čakovec (Csáktornya), 1997. 12–21.

kottak, hanem egy uralkodó alatt álló politikai egységet, amely államnak nevezhető.⁶ Mert, ha csak törzsi szövetségről lett volna szó, akkor hogyan magyarázható, hogy a Bizánc uralma alatt álló dalmát városok igen kis területre lettek kiszorítva, valamint azt, hogy miért nem tértek vissza a horvátok honfoglalása után a dalmáciai lakosok a régi településeikre. Az egykori római tartományok lakosai tehát tartós politikai szövetségben álltak, így szó sincs csupán alkalmi törzsek közötti védelmi szövetségről.

Az első, név szerint ismert horvát fejedelem *Viseszláv* (785–802) volt, akiről azt is tudjuk, hogy már megkeresztelkedett. *Borna* (Barnabas) 819–821 években viselte a „*dux Dalmatiae*” címet. A Dráva–Száva közötti állam első ismert fejedelme *Ljudevit* (Lajos) volt 819–823-ban.

A horvátok 799-ben elismerték a frank fennhatóságot, amíg a dalmát városok és szigetek a bizánc fennhatósága alá tartoztak, de ugyanakkor megőrizték a *municipális jogaikat*. 845-ben *Trpimir* (Trepimiro) lett a fejedelem, aki elismerte Lothár frank király fennsőbbiséget Itália uralkodójaként, de magát „*Dux Chroatorum iuvatus munere divino*” címmel titulálta. Ő a Trpimirovics-uralkodóház megalapítója. 925-től Tomisláv dux magát „*rex*”-nek nevezte, Horvátországot pedig ettől kezdve királyságként (*regnum*) említik az okiratok. A horvát uralkodók vágyát, hogy hatalmukat kiterjesszék a dalmát városokra és szigetekre, Tomislávnak – igaz, Bizánc beleegyezésével – sikerült megvalósítani. Habár az uralma *iure delegato* útján történt, mégis ez volt az első eset, hogy a dalmát városok a horvát uralkodó alá kerültek. 990 táján II. Bazileosz császár Sztjepán Drzsiszláv horvát királyt kinevezte *eparch*-nak és a *patricius* udvari címmel ajándékozta meg, majd igazgatása alá helyezte a dalmát városokat és szigeteket. Ezután Drzsiszláv Horvátország és Dalmácia királyává koronáztatta magát, mint első horvát király, akinek ez sikerült.⁷ Dalmácia és Horvátország ekkor még nem képeztek egy államjogi testet, hiszen Drzsiszláv is *iure delegato* igazgatta a dalmát városokat, amíg Horvátországban uralkodó-király volt *iure proprio*. IV. Petar Kresimir volt az első horvát király, akinek a dalmát városok fölött *iure proprio* uton is sikerült uralkodni és magát „*rex Dalmatiae et Chroatae*” koronáztatni.⁸ 1069 táján tehát Horvátország és Dalmácia egy *regnum*ot képeztek, amelynek neve „*regnum Croatia et Dalmatia*” volt. A bizánci oklevelek inkább a „*Chroatia*” a pápák pedig a „*Dalmatia*” neveket alkalmazták. A magyar királyi kancellária nyomán már a XI. század végén előfordult a „*Sclavonia*” (Szlavónia) név is.

A magyar–horvát államközösség

A horvát és a magyar történészek, jogtörténészek közül még ma sem számít lezárt vitának annak megmagyarázása, valójában hogyan is jött létre az államközösség. Ezen a helyen nem kívánok foglalkozni a közjogi vitával, melyről egyébként több tanulmá-

⁶ Az 1990. évi horvát alkotmány is a horvát államiságának kezdetét a VII. századi hercegségből számítja. Lásd *Ustav Republike Hrvatske* (A Horvát Köztársaság alkotmánya), Narodne novine Republike Hrvatske, 1990.

⁷ FERDO ŠIŠIĆ: i. m. 121, TRPIMIR MACAN: *Povijest hrvatskoga naroda* (A horvát nemzet története), Zágráb, 1992. NADA KLAJČ: i. m. 67.

⁸ HEKA LÁSZLÓ: *Adalékok Horvátország 1526 előtti alkotmánytörténetéhez*. Acta Universitatis Szegediensis de Attila József Nominatae. Acta Juridica et Politica. Tomus L.II. Fasciculus 4, Szeged, 1997, 13.

nyomban is foglalkoztam, hanem rövid áttekintést nyújtani a 816 éves közös ország létrejöttéről illetve bukásáról.

Valójában a közjogi kérdések megítélését döntően befolyásolja az, hogy a magyar–horvát állam keletkezését, milyen jogi alapról ítéljük meg. Ha azt a nézetet valljuk, hogy a kiüresedett horvát trónt – Zvonimir király fiú utód nélküli halála után – a magyar királyok (Szent László és Könyves Kálmán) fegyveres úton szerezték meg, akkor Horvátország csakis Magyarország „meghódított, alávetett része” (*partes subjectae*) lehet. Ha pedig úgy véljük, hogy Kálmán királyunk a horvát trónra azután lépett, miután a 12 horvát törzs fejeivel szerződést (*Qualiter* vagy *Pacta conventa*) kötött, akkor jogos az állítás, mely szerint Horvátország *socia regna*, Magyarország *társországa* volt. Az előbbi esetben Horvátország Magyarország része, bármilyen államisági jelleg nélkül, amíg az utóbbi esetben Horvátország és Magyarország perszonális unióhoz hasonló kapcsolatban álltak.⁹

Véleményem szerint királyaink fegyverrel valósították meg az örökösödési jogukat. Zvonimir királynak nem volt utóda, ezért a felesége, Ilona és horvát előkelők egy része a trónra Ilona öccsét, Szent Lászlót hívták. A magyar király kiterjesztette a hatalmát a Dráva–Száva közötti részre, majd a besenyők előrenyomulása miatt kényszerült visszavonulni országába. Az általa megszerzett részt (a későbbi Szlavóniát) nem csatolta országához, de kiépítette a vármegyerendszert, Zágrábban pedig püspökséget alapított, amelyet a kalocsai érsekség alá helyezett. Kálmán király ugyan legyőzte 1097-ben Gvozдь-hegységnél a horvát hadat, ám magát mégis 1102-ben horvát királlyá koronáztatta

„weil diese Krönung am besten und verständlichen die Gesetzmässigkeit seiner Regierung und die tatsächliche Besitzergreifung seines Landes und seiner königlichen Rechte dokumentierte”.¹⁰

Megítélésem szerint Kálmán azért várt öt évig a koronáztatásra, mert nem tudta kire hagyni Horvátországot, ő maga pedig nem tartózkodott ott. A horvátok között valószínűleg senki sem érezte magát elég erősnek arra, hogy megkísérelje a trón elfoglalását, főleg azért, mert a trón körüli zavargások Zvonimir király halála (1089) óta tartottak. A Trpimirovics uralkodóház kihalása és a béke érdeke készíthették a horvát főurakat arra, hogy fogadják el Kálmánt, illetve az Árpád-házi királyokat, mint a horvát trón törvényes örököseit. Ezen állításomat az oklevelek is bizonyítják, melyekben olvashatjuk:

„Urunk Jézus Krisztus emberé válásának 1102-ik évében, Kálmán, Isten kegyelméből magyar-, horvát- és dalmát-országok királya, előleges érett tanácskozás következtében, miután megkoronáztattam a tenger melléki Biogradban, a királyi városban...”.¹¹

⁹ A magyar és a horvát szakirodalomban lezajlott vitáról lásd HEKA LÁSZLÓ: *Adalékok Horvátország 1526 előtti alkotmánytörténetéhez*, 17–23.

¹⁰ HÓMAN BÁLINT: *Geschichte des ungarischen Mittelalters. B. I. Von den ältesten Zeiten bis zum Ende des XII. Jh.*, Berlin, 1940. Idézi Nada Klaić: i. m. 513.

¹¹ PALUGYAY IMRE: *A Kapcsolt-részek (Slavonia-Croatia) történelmi- s jog-viszonyai Magyar-országhoz*, Pozsony, 1863, 17.

Kálmán király koronáztatása tehát nemcsak Horvátország elfoglalásának ünnepélyes proklamálása volt (habár tudatni is akarta a horvátokkal, a szomszédos államok uralkodóival, valamint Álmossal is, hogy ő lett Horvátország királya), hanem bizonyára a király ígéretet tett a horvát uraknak arra, hogy meg fogja őrizni a Horvát Királyság jogait és kiváltságait és megvédeni az országot.

Mivel a magyar királyok nem tartózkodtak Horvátországban és Dalmáciában, az uralkodást a nevükben a horvát bán végezte. A Dráva–Száva közötti részen – Szlavóniában – az *ifjabb hercegség* intézménye érvényesült, így ez a terület sokkal szorosabb kapcsolatban volt Magyarországgal, mint a Száván túli terület. Ahhoz, hogy a magyar királyok meg tudják erősíteni a hatalmukat, szükséges volt korlátozni a horvát bánok szerepét. Ez a *Subics* családból (későbbi Zrínyi) származó *örökös bánok* legyőzésével 1322-ben sikerült Nagy Lajosnak.

A mohácsi vész után Horvátország megtartotta magának a királyválasztási jogot. 1527. január 1-jén Cetinben a horvát szábor megválasztotta Habsburg Ferdinándot, január 6-án a szlavón szábor Szapolyai Jánosra voksolt. A horvátok és a szlavónok vérszembe néztek, amíg I. Ferdinánd győzelme után a szlavón tartománygyűlés el nem fogadta I. Ferdinándot királlyá. A horvátok és a Habsburgok közötti viszonyok nem nevezhetők felhőtlennek, de különösen azokké váltak a „*szégyenteljes vasvári béke*” után: Zrínyiek és Frangepánok Wesselényivel, Nádasdyval és Rákócziival összeesküvést terveztek, melyet a magyar irodalomban „*Wesselényi-féle*”, a horvát történetírásban „*Zrínyi–Frangepán-féle összeesküvés*” címen örökítették meg. Ez összeesküvés eredményezte a két neves horvát család – Zrínyi és Frangepán – kihalását, vagyonaik elkobzását, a horvát nemesség északra (Magyarország, Ausztria) felé húzódását. A katonai határőrvidéki német tisztek önkényeskedése is a horvát főurak Magyarország felé húzódását eredményezte. A török hódítások következményeként az ország jelentős területe elveszett, illetve határőrvidék részévé vált, és ott sem a horvát szábor, sem a bán nem bírtak semmilyen hatáskörrel. Az elszegényedett Horvátország számára súlyos csapást jelentett a magyar országgyűlés indítványa, mely szerint a horvát szábor által hozott határozatok (melyeket az uralkodónak állt jogában szentesíteni) nem ellemezhetők a magyar törvényekkel. Az indítványból nem lett törvény, de az 1712. évi ún. *horvát pragmática sanctio* létrehozása jó részben ennek (is) köszönhető. A magyar–horvát közjogi vita mégis az 1790. évi országgyűlésre vezethető vissza és elhúzódott 1848-ig, amikor a történelem folyamán a horvátok először – egyben utoljára is – fegyverrel fordultak a „*magyar testvérekkel*” szembe. Igazat vallva Jellasics báró, a horvát hadsereg vezére, mint osztrák tábornok és délszláv eszmében gondolkodó politikus, nagy részben a határőrökkel (ahol a szerb katonák jelentős számban voltak képviselve) hatolt be Magyarországra. A „*szolgálat teljesítéséért*” a Jellasics bán által kormányzott Horvátország a császártól éppúgy részesülhetett az abszolutizmusban, mint Magyarország. Amikor a bán próbált szót emelni ez ellen, a császártól azt a választ kapta, hogy Horvátországot is „*rebelistáknak*” fogja tekinteni az udvar, mint Magyarországot.

Az 1868:XXX. tc. „*a magyar–horvát kiegyezésről*” jogi alapokra fektette a magyar–horvát közjogi viszonyokat. Ötven évvel később megszűnt az államközösség, Horvátország pedig – akarva akaratlanul – a délszláv állam részévé vált. Az 1941–1945 között fennállt báb-állam kivételével, még 46 évre kellett várni, amíg a demokra-

tikus változások következményeként, az ország vezetősége népszavazás után nem kiáltotta ki Horvátország függetlenné válását.

A horvát bán

A báni tisztség már a horvátok honfoglalása után kialakult három megye – *Gács, Korbávia és Lika* – területén, melyekre kiterjedt a *Horvát bán*ság elnevezés. Ezen a területen ekkor még jelentős számban avarok éltek, így feltételezhetjük, hogy a báni tisztség az avar uralom maradványa.

A korábbi szakirodalomban a „bán” elnevezést a szláv „pán” (úr) szóval hozták kapcsolatba, de véleményem szerint ez, valamint még néhány más ezen elnevezés származására utaló feltételezés, egyaránt téves. A bán elnevezés alapja minden bizonnyal a *kagán* tisztség, illetve a „*bajan*” mongol–török szó, melynek jelentése „*gazdag, tehetős*”. A X. században bizánci írásos emlékekben „*bo'anosz*”, „*bo'eanosz*” alakban tűnt fel és ezekből alakult ki a magyar és horvát „bán”, illetve latin „*banus*” kifejezés.

A bán az említett három zsupánság területén önállóan, királyi helytartóként tevékenykedett, és a hatásköre sokkal szélesebb volt, mint a megyék fejeinek, a zsupánoknak. A bán volt a király hadvezére, a bíró és a helytartó, ő vezette az adópolitikát, beszedte az adókat. Horvátország királysággá válása után is meg lehetett különböztetni a három megyéből álló *Horvát Bán*ság területét a többi 11 megyétől, melyek a Horvát Királyság területét képezték. Az első, név szerint ismert bán *Pribina (Bribina)* volt 940 táján. Ő 949-ben megdöntötte Miroszláv (Frigyas) horvát királyt, és a trónra annak öccsét, II. Mihajlo Kresimirt ültette. Ekkoriban a bán már alkirály (a *vicere*x címet viselt), sőt társuralkodó lett. Zvonimir bán az egyetlen, akiből király is lett. Habár rendszerint egy bán volt a Horvát Királyság területén – egyes horvát történészek szerint – IV. Petar Kresimir idején három bán: *horvát, szlavón és boszniai* ténykedtek az ország egyes részein.¹²

Miután Szent László és Könyves Kálmán királyok megszerezték a horvát trónt, majd Kálmán kiterjesztette hatalmát Dalmáciára is, ezen a területen királyi helytartóként a bánt hagyta, akinek neve *Ugra* volt. Marko Kostrenčić horvát jogtörténész szerint ez a bán a horvát *Kukar* ősnemzetségből származott.¹³ Kálmán király utódjának, II. Istvánnak a bánja *Kledin* volt „*princeps huius provinciae et banus*”, aki 1116-ban Zárának megerősítette Kálmán királytól kapott kiváltságokat. Ez bizonyíték arra, hogy a magyar királyok idejétől a bán a király nevében tulajdonképpen uralkodói hatalmat gyakorolt.

Vitatott, hogy a bán hatásköre ekkor csak a Száva folyóig terjedő területre terjedt-e ki, vagy a Dráva–Száva közötti részre is. Kristó Gyula véleménye szerint az 1116–1164 közötti bánok csupán tenger melléki ügyekben jártak el. A professzor úr megemlíti azt is, hogy „*III. Béla egyik oklevele szerint Alexius bán már II. Béla előtt varasdi birtokot adott a zágrábi püspökségnek, de bizonyosra vehető, hogy a bán ez esetben nem hivatalos minőségben járt el...*”¹⁴ Ezért – szerinte – bizonyíthatatlan, hogy 1131

¹² FERDO ŠIŠIĆ: i. m. 164.

¹³ MARKO KOSTRENCIĆ: *Nacrt historije Hrvatske države i hrvatskog prava* (A horvát állam- és jogtörténetek vázlat), Universitatis Studiorum Zagradiensis, Zágráb, 1956, 177.

¹⁴ KRISTÓ GYULA: *A feudális széttagolódás Magyarországon*, Budapest, 1979, 88.

előtt a horvát–dalmát bán hatásköre kiterjedt volna a Dráva és a Száva folyók közötti vidékre. Egy általa említett 1163 évi okirat tekinthető a horvát bán Száván túli ténykedésének első aktusaként. Abban az évben *Belos (Bjelos)* bán IV. István király által delegált bíró volt a zágrábi püspökség földügyében.¹⁵ Bizonyítható azonban, hogy 1198 után a bán hatásköre és az igazgatása alá tartozó terület – Bánság –, mint Horvátország és Dalmácia különkormányzata, kiterjedt a Dráva–Száva közötti térségre is. 1198-ban ugyanis András herceg magát és bánját kinevezte a zágrábi püspökség bíraskodási ügyeinek fellebbezési fórumává.¹⁶

Amikor 1167-ben Bizánc átmenetileg (1180-ig) elfoglalta Dalmáciát *Ampudinus* volt a bán, aki egyben a nádori tiszttel is betöltötte. Utódja 1180–1184 között Dénes (*Dionisius, Dionizije*) volt, akiről Ferdo Šišić feltételezi, hogy a hatáskörét egészen Duna folyóig kiterjesztette, hiszen 1183-ban a bácsi ispán tiszttel is viselte. Dénes bán területi hatásköre a címéből „*banus Dalmatiae et Chroatiae*” illetve „*banus maritimae provinciae*” – is kitűnik.

Szlavónia (Sclavonia), mint külön fogalom, mely a Dráva–Száva közötti terület megjelölésére alkalmaztatott, valószínűleg már Szent László idejében keletkezett. A használata a XI. században azonban még nem terjedt el, a XIII. században azonban már általánossá vált. 1210-ben II. András „*ducatum Sclauoniae*”-t említ, majd 1215-ben először fordul elő a „*banus Sclavoniae*” elnevezés. Béla herceg 1222-ben magát „*dux totius Sclavoniae*” – nek titulálta.¹⁷ Szlavóniát 1232-től *regnum*ként is említik az okiratok.

A tatár betörés (1241) után két bán volt, akiknek az összezilálódott birtokviszonyokat kellett rendezni. Az egyik bán Szlavóniában („*banus totius Sclavoniae*”), a másik Horvátország és Dalmácia („*banus Croatiae et Dalmatiae*”) területén ténykedett.

Az Árpád-házi királyok idején a bán Horvátország (illetve Szlavónia) legfőbb méltósága, a király helytartója, és a Bánság katonai parancsnoka volt. Ugyanakkor alárendeltje volt a hercegnek, akit a király fő hadvezérnek nevezte ki. A jelentősége főleg akkor érvényesült, ha fölötte nem állt a herceg, tehát nem érvényesült az ifjabb királyság intézménye. Ilyenkor a szlapon bán vette át a főparancsnokságot. E hatásköre miatt, Palugyay Imre a báni tiszttel a *német markgróffal* hasonlította össze, mivel a fő foglalkozásuk a határok megőrzése volt.¹⁸

A XIII. század végén az utolsó Árpád-házi királytól, Endrétől, a bribiri (Subics) grófok – a későbbi Zrínyiek – megkapták (1293-ban) az örökös báni kinevezést. 1294-ben Subics Pál az Anjou-háztól az *örökös báni cím* mellett megkapta hűbértulajdonként majdnem az egész Horvátországot. Mivel így a Subicsok kezébe igen jelentős hatalom került, a magyar királyok igyekeztek a későbbiekben korlátozni hatalmukat. Károly Róbertnek ez sikerült egy általa kirobbantott polgárháború után. Subics Mladent nem csak hogy megbuktatta, hanem a vagyonát is elosztotta, majd az utolsó várát – az Osztróvicát – a király elcserélte egy másik várért, a szlavóniai Zrinj-ért. Az egyik legrégibbi (a család 1066-tól követhető) család felemelkedése Szlavóniában tehát az új birtok Zrinj néven kezdődött, ezért lett a család neve Zrínyi (Zrinjski). Nagy Lajos, Mária királyné és Luxemburgi Zsigmond uralkodása alatt külön bánja volt Horvátor-

¹⁵ Uo.

¹⁶ Uo. 89.

¹⁷ Uo. 92.

¹⁸ PALUGYAY IMRE: i. m. 315.

szágnak (Dalmáciával együtt) és Szlavóniának. A velencei hódítások Dalmácia elvesztését eredményezték, így a „*dalmár*” név a báni címben a jogok fernntartását jelezték inkább, mintsem a terület feletti tényleges hatalmat. Dalmácia alatt ugyanis a XV. századtól már csak a kis tengermelléki (Primorje) részt kellett érteni.

A velencei és török hódítások után a csökkent területű horvát államban már csak egy bán volt, mint például Garai Miklós és Czillei Hermann. V. László és Mátyás királyok idején ismét külön horvát illetve szlavón bánok léteztek, majd Mátyás uralkodásának vége felé maradt az egy bán és kialakult az évszázadokig meg nem változott címe, a „*banus regnorum Dalmatiae et Croatiae et totius Sclavoniae*”.

A mohácsi vész után Horvátország és Szlavónia jelentős része a török uralom alá került, így a tartománygyűlés (szábor)¹⁹ jegyzőkönyvei az egykori királyság maradványait „*reliquie reliquiarum olim regni Croatiae*”-ként írják. Az állam további nagy részén katonai határőrvidék alakult meg, amely sem a bán, sem a szábor hatásköre alá nem tartozott, hanem a német katonai parancsnokság alá. A bán hatásköre a XVI, XVII. és XVIII. század első felében a Zágráb, Varasd és Kőrös vármegyékre valamint a két *báni ezredre* terjedt ki. 1745-től Pozsega, Verőce és Szerém megyék, 1881-től pedig a polgárosított katonai határőrvidék is a fennhatósága alá került. A régi hatáskörét azonban a bán már nem nyerte vissza. 1918-ig a horvát bán a különkormányzat fő tisztviselője volt, egyben magyar országos méltóság is. Nem értek egyet Bölönyi Józseffel, aki szerint a horvát bán „*rövidítés nem horvát nemzetiségre, származásra, vagy valamilyen autonóm tisztségviselőre utal, hanem egy magyar országos méltóságra*”.²⁰ Kétségtelen, hogy a bán országos méltóság volt, de létezett még a horvát nemzeti uralkodóház idejétől, mint igen széles körrel rendelkező méltóság. A magyar királyok idején is megtartotta széles hatáskörét, sőt az 1868. évi magyar–horvát kiegyezést követően a horvát autonóm kormány élén volt. Habár a magyar miniszterelnök javaslatára és ellenjegyzése mellett nevezte ki a király a bánt, az mégis a horvát különkormányzat legmagasabb képviselője volt. A történelem folyamán is a bánok Horvátország képviselőitében léptek fel, még akkor is, ha magyar nemzetiségűek voltak. Így Erdődy János gróf 1790-ben a főrendek házában gyűlésén elmondta: „a királyságok összevesznek, mert egymásra akarnak törvényt rákényszeríteni”. A gyakran idézett mondat: „*Regnum regno non praescribit leges*”, amelyet egyébként a hagyomány tévesen Erdődy Tamás bánnak (1584–1595, és 1608–1614) tulajdonítja, valószínűnek innen származhat. Az úgyszintén magyar nemzetiségű báró Wlassits Ferenc horvát bán (1832–1840) az 1832–1836. évi országgyűlésen Fiume kérdésben és nyelvügyi vitában a horvát nézetek mellett voksolt.

Mindezt – Miskolczy Gyulához hasonlóan²¹ – merem állítani, hogy Horvátország, Szlavónia és Horvátország alkotmányosságának egyik fő eleme a báni tisztségben található. Ugyanakkor a báni méltóság Magyarország alkotmányosságának része is.

¹⁹ A szábor, a horvát országgyűlés, korábban tartománygyűlés történelmi elnevezése. Eredetileg így nevezték az egyházi gyűléseket, a XIII. századtól pedig a tartománygyűlést (*congregatio generalis regnorum Dalmatiae et Croatiae*, illetve *congregatio generalis regni Sclavoniae*). Az első ismert szábot 1273-ban tartották meg Szlavóniában, Zágráb városában, az első ismert horvát szábot 1351-ben Podbrizsaniban tartották meg a rendek. Lásd HEKA LÁSZLÓ: *Povijesna uloga i značenje hrvatskoga sabora* (A horvát szábor történelmi szerepe és jelentősége), Hrvatski glasnik, Budapest–Nagykanizsa, 1997, 14. sz. 8.

²⁰ BÖLÖNYI JÓZSEF: *Magyarország kormányai 1848–1975.*, Budapest, 1988, 421.

²¹ MISKOLCZY GYULA: *A horvát kérdés története és irományai a rendi állam korában*, I. köt, Magyar Történelmi Társulat, Budapest, 1927, 43.

A horvát báni tisztség megmaradt a Monarchia szétbomlása után is. Létezett 1921-ig, az időközben létrejött Szerbek, Horvátok és Szlovénok Királysága, első alkotmányának megszületésig. A báni tisztség felújult 1939-ben, amikor – az időközben Jugoszláv Királysággá elnevezett – délszláv államon belül – a mai Horvátország valamint Bosznia–Hercegovina egyes területein – létrejött a Horvát Bánság. Ez autonóm terület, államigazgatási egység volt, melynek élén a bán állott, kit ukázzal a (szerb) király nevezett ki. A bán köteles volt esküt tenni a királynak, a közigazgatási ügyekben is a király nevében ténykedett a *Horvát Bánság* területén. Az 1939. augusztus 26.-iki rendelet a Horvát Bánságról nem létesített hosszú távú megoldást. 1941-ben létrejött a Független Horvát Állam és megszűnt létezni a *Bánság*, habár Ivan Subasics bán egészen 1945-ig a király nevében tárgyalt a jugoszláv partizánok vezetőjével, Josip Broz Titóval. Ez volt a horvát báni tiszt képviselőjének utolsó megnyilvánulása.

A bán kinevezése, felmentése, hatásköre

A középkori magyar államban a horvát bán majdnem olyan hatáskörrel rendelkezett, mint a XI. századi Horvát Királyságban. Sőt, mivel nem tudni pontosan, milyen hatásköre volt a horvát nemzeti uralkodóház idején, azt is feltételezhetjük, hogy az Árpád-házi királyok idején még nagyobb hatalma volt. Azt a tekintélyt, amelyet a mohácsi vészig élvezett, a Habsburg-királyok idején már nem kapta vissza. Az 1868. évi magyar–horvát kiegyezés után ismét csökkent a hatásköre, de a zászlósurak közül a horvát bán maradt az egyetlen olyan méltóság, mely a XIX. század második felében nemcsak névlegessé vált, hanem valójában fontos tényező volt.

A bánt, mint Horvátország és Szlavónia legjelentősebb méltóságát, királyi helytartót, az uralkodó nevezte ki. A Habsburgok idején gyakran nem is töltötték be a báni tisztséget, főleg amikor olyan cselekményt akartak végrehajtani, amely a horvátoknak nem tetszett. Ilyenkor tehát, mivel a bán a horvát alkotmányosság jelképe volt, felfüggesztették a báni méltóságot és az alkotmányt, illetve királyi biztost léptettek hivatalba. Ez akkor is bekövetkezett, ha nem találtak megfelelő személyt a báni szék betöltésére. Ebben az esetben *báni helytartót (locumtenens)* neveztek ki.

A báni tisztség betöltésére és a tisztség helyreállítására vonatkozólag többször is hoztak törvényeket (1536:L, 1600:XXVII. k. e., 1608:XI, 1609:XXVIII, 1618:XXXI, 1630:XXV, 1635:XXXII, 1638:XXXII, 1647:LI, 1649VIII, 1687:XXII. törvénycikkek). A felsorolt törvénycikkek közül az 1687:XXXII. tc. „*A báni hatalomról s Dalmát-, Horvát- és Szlavonországnak jogaiban és szabadságaikban megtartásáról*” – érdemel megemlítést:

„A karok és rendek legalázatosabban megértették, hogy császári és királyi szent felsége, különös tekintettel Dalmát-, Horvát- és Szlavonországnak, s azok bánjának, nagyméltóságú Erdődy Miklós gróf úrnak iránta való állandó hűségére, a báni hatalmat s joghatóságot s a mondott országok régi és jelen jogait, kiváltságait és szabadságait (a most megkoronázott fenséges királynak hitlevelébe, azok használata s értelmezése iránt beiktatott módosítással) megerősítette, s azok teljes és csorbítatlan fenntartását jövőre is jogosan kijelenteni méltóztatott.

Íſ Ennélfogva, Ő felsége ismert jószágos beleegyezésének hozzájárultával, megállapítják: hogy a fennemlített országok joghatóságának, jogainak és szabadságainak s a báni hatalomnak, úgy béke, mint háború idején fenntartására nézve, az 1608-iki koronázás előtti 11-ik törvénycikk, 1609:XXVII, 1649:XXXIII, 1681:LXII, LXVI, és LXXI, s más, ezekben hivatolt törvénycikkeket, az említett módon, foganatosan megtartásák."²²

Talán nem véletlenül került a báni hatalomról szóló cikkely mellé az 1687:XXIII. tc., „Hogy Dalmát-, Horvát- és Szlavonországban senki, a római katolikuson kívül, jószágokat ne birtokolhasson”, amely Horvátország különös jogállását biztosította, és így szól:

„Továbbá a lelkek egyetértésének, s az ország nyugalmanak fenntartására, mely főképpen a vallás egységében áll, s a mondott országokban ez alapon nyugszik:

Íſ Ő felsége jószágos helybenhagyásával határozta: hogy Dalmát-, Horvát- és Szlavonországban, ezeknek e helyütt megerősített helyhatósági törvényei szerint, úgy a jelenleg azok joghatósága alatt levő, mint az azokhoz Ő legszentségesebb felsége kijelentése szerint jövőben visszacsatolandó részekben, ezután is mint ekkorig, csupán a katolikusok lehessenek fekvőjószágok birtokában."²³

Az 1439:XXVI. és 1492:VIII. törvénycikkek szerint a király a bánt szabadon nevezhette ki a „született magyarok” sorából. Ez a kikötés azt jelentette, hogy horvát bán nem lehetett az, aki nem volt született hazai nemes (a magyar állampolgárságot születésével kellett, hogy szerezze meg, mert a honosítás, *indigenatus*, nem volt elegendő). A horvát bán volt az egyetlen magyar országzászlósi méltóság, melynek betöltése e feltétel alá esett.²⁴ A báni kinevezéssel kapcsolatos másik feltétel az volt, hogy a tisztséget betöltő főúrnak birtoka kellett, hogy legyen Horvátország és Szlavónia területén.²⁵ Az 1741:XLVII. tc. alapján a bán köteles volt állandó horvátországi (szlavóniai) tartózkodási hellyel rendelkezni, és ténylegesen ott tartózkodni is.²⁶

Később szokássá vált, hogy a horvát szábor jelölte (*commendatio*) a bánt, a király pedig a több jelölt közül az egyiket kinevezte bánná. Ez a szokás a Habsburg-házi királyok idején alakult ki, de a horvátoknak a kijelölési jogra való igényt az 1790. évi országgyűlésünk, valamint az 1861. november 8-iki királyi leirat is elutasította.

A kinevezett bánnak esküt kellett tenni a király vagy megbízottjának kezébe (1486:LXXIII, 1492:XXXIII. tc.). A Habsburg uralkodók alatt szokásossá vált az ünnepélyes beiktatás (1609:XXVIII, 1647:LI. tc.). Az ünnepélyes beiktatás a zágrábi Szent Márk templomban történt, ahova összegyűltek a rendek. Beiktatás előtt a nemes-ség báni zászlóval ment az új bán elébe, és az állam jogarát a kezeibe adta. A nemesség

²² Corpus Juris Hungarici – Magyar Törvénytár, 1657–1740. évi törvénycikkek, I. Lipót 1687. évi decretuma, Budapest, 1900, 351. Vö. 1681:LXVI és LXXI, 1741:VIII. tc.

²³ Corpus Juris Hungarici – Magyar Törvénytár, 1657–1740. évi törvénycikkek, I. Lipót 1687. évi decretuma, 351. Vö. 1715:XXX, 1723:XXXVI, 1741:XLVI, 1790:XXV. tc. (14. §)

²⁴ BÖLÖNYI JÓZSEF: i. m. 451.

²⁵ Mert nem volt birtoka Horvátország illetve Szlavónia területén, a horvátok nem ismerték el 1513-ban Perényi nádort horvát bánná.

²⁶ Mert nem tartott állandó lakást Horvátország területén, a horvátok 1527-ben panasz emeltek Baththyány bán ellen. Lásd B. JESZENSZKY BÉLA: *A társországok közjogi viszonya a Magyar államhoz*, Budapest, 1889, 109. Vö. 1741:XLVII. és 1765:XXXVII. törvénycikkeket.

soraiban részt vettek az egyházi és világi méltóságok, valamint a vármegyék képviselői. A lovagló menet elkísérte a bánt a Szent Márk templomig, ahol megtartották az ünnepséget, majd a rendi gyűlést. Ekkor a horvát bán a királyi biztos kezébe tette az esküt.²⁷ Az ünnepséget azon a Zágráb felsővárosában található Szent Márk téren tartották, ahol nemcsak az említett templom, hanem a báni palota, illetve a mai horvát országgyűlés (szábor) épülete is áll.

A bán Horvátország, Szlavónia és Dalmácia területén a király helyettese, személyes képviselője, Horvát-, Szlavón- és Dalmátországok (a horvátoknál Háromegegy Királyság Horvátország, Szlavónia és Dalmácia) rendes bírása, hadi és kormányzati ügyekben a király fő szerve. Egyszerre két méltóságot is betölthetett (1222:XXX, 1498:LXX. tc.), és ez a különös kiváltság rajta kívül még csak a nádort és az udvarbírórt illette meg. A mohácsi vész előtt találkozunk néhány olyan bánnal, aki a nádori tiszteletet is betöltötte egy időben. Így volt nádor és bán *Belos (Bjelos)* 1159-ben, *Ampudinus* 1165-ben, valamint *Perényi Imre* 1511–12-ben. 1220–1223-ban *Ohuz* a báni méltóság mellett a királyné udvarbírája tiszteletet is viselte. Két tisztelet töltött be *Esterházy Ferenc* is, aki a báni méltóság mellett, királyi kancellár is volt. *Lóránt* 1277–1279-ben és *Batthyány Ádám* 1700-ban horvát bán és országbíró, *Batthyány Ferenc* 1525-ben a báni méltóság mellett főpincemester is volt. *Draskovich János* 1608-ban a horvát báni méltóság mellett főkamarási tiszteletet is ellátott. A báni cím mellett viselhető másik tisztség legalacsonyabb rangja a főispánság volt. *Dénes* (1180–1184) 1183-ban megkapta a bácsi ispán kinevezést, *Benedek Miklós* 1199-ben zalai, *Gyula* 1219-ben somogyi, *Miklós* 1319–1323-ban soproni és komáromi főispánok voltak. Báni méltóságot viselhettek az egyházi főméltóságokat betöltő főurak is. 1494–1496-ban *Ernusz Zsigmond* pécsi püspök, 1513–1520-ban *Berisló Péter* (Petar Berislavić) veszprémi püspök horvát bánok is voltak.²⁸

A horvát-szlavón bán, a nádorral, erdélyi vajdával és országbíróval Magyarország legelső zászlóssai közé tartozott, és mint ilyen, a hazai történelemben mindig előkelő szereppel bírt. A nagyzászlósok közül mindvégig a legfőbb országos méltóság a nádor (palatinus), bővebb elnevezéssel nádorispán (comes palatinus) volt, akit a királyi négyes jelölés alapján az országgyűlés választott. Rangban utána az országbíró (*iudex curiae*) következett, aki a nádor helyett az országgyűlés elnöke is volt, és a Kúria elnöke. Az országbírói méltóságot a kúriai elnöki tiszttől csak az 1884:XXXVIII. tc. választotta el. Az országbíró miniszterelnöki ellenjegyzéssel, minden kikötés nélkül nevezte ki a király.

Az Árpád-házi királyok idején az ország bárói között a horvát bán közvetlenül a nádor után, kezdetben olykor a nádor előtt is szerepelt a hierarchiában (cum in regno Hungariae excellentissima dignitas sit banatus). Később az országnagyzászlósok rangsorában a nádor és az országbíró után következett. Werbőczy István *Hármaskönyve* (I. 94. "Kik legyenek és kik tartandók tisztoknál fogva az ország valóságos zászlóssainak?") szerint "Dalmát-, Horvát- és Tótország bánja" a harmadik helyen szerepel a nádorispán és az "ország bírása" után.²⁹ Ilyen sorrendben alapították meg véglegesen a zászlóssurak

²⁷ Ez a megtiszteltetés nem járt a báni helytartónak (locumtenens).

²⁸ B. JESZENSZKY BÉLA: i. m. 106.

²⁹ WERBŐCZY ISTVÁN: *Tripartitum*, Budapest, 1990, 218–219.

rangsorát az 1688:X. tc. 1. §-ában. Mint harmadik zászlósúr, a horvát bán vitte a koronázáskor az ország almáját.³⁰

A horvát bán különállását valamint „horvátságát” bizonyítja az a tény, hogy harmadik zászlósúr lévén mégsem helyettesíthette a nádort és az országbírókat azok akadályoztatása esetén. Ilyenkor a rangban utána következő negyedik zászlósúr, a tárnokmester helyettesítette őket. *“Az 1723 évi országgyűlés határozata – heves vita után – kimondotta, hogy a főtárnokmester a fő országzászlósok közt ugyan a negyedik helyet foglalja el, de a nádor és az országbíró távollétében nem a horvátországi bán viszi az országgyűlési elnökséget, mint harmadik főzászlós, hanem a főtárnok, ki pedig rangban utána következik.”*³¹ Ebből a korlátozásból azt következtetem, hogy a horvát bánt a magyar (és a horvát) rendek mind a *“kapcsolt részek”* fejét nem csak magyar zászlósúrnak tekintették. Sőt, benne Horvátország különkormányzat legmagasabb képviselőjét látták, aki elnököl a horvát tartománygyűlésen, a szaboron. Ezért is határozhattak úgy, hogy a bánt, aki ugyan tagja volt a főrendek házának, mind a társnemzet fejét, nem illeti meg a magyar országgyűlés elnöki tiszte.

A bánokat országjáró körútjaikon elszállásolási és ellátási jog illette meg. Jelentős jövedelmeik származtak, leginkább az adókból. A *marturina* (nyestbőradó) egy része a bánt illette. Így például a mai Zágrábot alkotó középkori *Greecs* (*Gradec*, ma a horvát köznyelven *Gričs*) IV. Béla szabadalma alapján a báni beiktatás alkalmakor köteles volt a bánnak egy ökröt, száz kenyeret és száz tunela bort adni.³² A bánt a sójövödelemből is megilletett egy rész. A XVI. században a harmincad jövedelem is (1635-ig) járt a bánnak, mellette pedig a rendes évi járadék. Ezt a báni fizetést a szabor határozta meg, majd a költségvetésbe tervezték és állandó jellegű fizetésként járt a horvát bánnak.

A báni méltóságot betöltő személy a királynak tartozott felelősséggel. Az uralkodó bármikor elmozdíthatta őt az állásából. A későbbiekben a szabor és a magyar országgyűlés egyaránt szerették volna megszerezni a bán felelősség alá vonásának jogát.

A bán hatásköre Horvát-, Szlavon- és Dalmátországok igazgatása és kormányzása körében a béke és a közrend fenntartása, hatalmaskodások meggátlása, a dalmát városok (ezt a jogkört Dalmácia elvesztéséig, 1420-ig lehetett gyakorolni) municipális jogainak teljesítése fölötti felügyelet, a megyék, városok közti viszályok rendezése volt.

A horvát bán hajtotta végre az adók behajtását, felügyelt a báni pénzre (*moneta banalis*), melyet a XIII. és XIV. században Horvátország, Szlavónia és Dalmácia számára vertek. A bán osztogatott szabadalmakat a király nevében, a már létezőket pedig megerősíthette, javaslatokat tett az adományokra. A bán hívta össze a horvát tartománygyűlést (szabort) és azon elnökölt. Ezek a jogok egyébként az uralkodókat illették, így azok gyakorlása a bán részéről, a báni méltóság alkotmányos jelentőségéről is tanúskodik. Hangsúlyozni kell azonban, hogy semmilyen szuverén joggal nem rendelkezett, hanem az említett hatáskörrel a király ruházta fel. Az itt felsorolt néhány szuverén aktus gyakorlása az uralkodó jogköréhez tartozott, de mivel az nem tartózkodott Horvát-, Szlavon- és Dalmátországokban, e jogok gyakorlásával megbízta a bánt, aki amúgy is bizalmasa volt.

³⁰ B. JESZENSZKY BÉLA: i. m. 106.

³¹ BÖLÖNYI JÓZSEF: i. m. 450.

³² B. JESZENSZKY BÉLA: i. m. 110.

A Habsburg-házi királyok idején csorbult a bán hatásköre a közigazgatás terén is. Miksa király megszüntette a bán azon jogát, hogy szükség esetén hívja össze a szabort (*ex edicto bani*). Ezt követően a horvát szabort a bán csakis a királyi parancs alapján hívhatta össze (*ad mandatum caes, et regiae maiestatis ex edicto bani*). Ezt az 1791:LVIII. tc. is szabályozta.

A Helytartótanács (*consilium regium, Consilium Croaticum*) 1767. évi felállítása során a bán annak elnöke lett. Amikor ez a testület 1779-ben megszűnt, az ügyek iránítását átvette a Magyar királyi helytartótanács, amelyben a bán ülési és szavazati joggal bírt (1791:LVIII. tc.).

Miután a bán 1861-ben az újra felállított zágrábi tanács elnöke lett, a király az ország fontos ügyeiben köteles volt meghallgatni a bánt is, főleg ha Horvátország és Szlavónia ügyeiről és biztonságáról volt szó (1741:XI. tc.).³³

A kormányzati és közigazgatási hatásköre mellett a horvát bánt megillette az eredeti katonai hatásköre is. Ez utóbbihoz tartozott „az ellenségek támadásainak megfékezése, s az ország megvédése és megtartása” (1681:LXII. tc.).³⁴ A bán az általa kormányzott „kapcsolt részek” minden seregének vezére, az összes hadügy intézője és a nemesi fölkelés vezére. Ő nevezte ki a várparancsnokokat is a Habsburg-házi uralkodók idejéig, amikor ez a hatásköre megszűnt. Az 1609:XXVII. tc. a bánt „főnök” – nek nevezte a hadi és törvénykezési dolgokban, de ugyanakkor Ferdinánd hercegre bízta a „Dalmát-, Horvát- és Szlavonországek véghelyeit”³⁵ Ugyanez a törvénycikk kimondta azt is, hogy „a Bán úr, ő fensége után, az összes tisztartóknak jövőre a teljes és régi hatalmával közvetlenül feje legyen.”³⁶

A bán külön banderiumot tartott és annak ellátására a harmincjövedelem fele járt neki (1647:LI. tc.). A banderium tartásának kötelezettsége a XVIII. században megszűnt.

A katonai hatáskörébe tartozott még – az 1848:XXII. tc. 10. szakasza szerint – a nemzetőrség fővezérsege, úgyszintén az a jog is, hogy annak a kapitányon felüli rangú tisztjeit maga nevezhette ki.

Jelentős volt a szerepe Horvátország bírósági szervezetében is. Megemlítem, hogy a beiktatás előtt bírói funkciót nem láthatott el. Bán és bírótársai együttes bíraskodásaiból a bírói széken kifejlődött az octaviális báni törvényszék (*iudicia octavialia*), amely Zágrábban székelt és ülésezett (1486:III, 1492:XLI, 1566:XXI, 1567:XXIV, 1572:VII, 1625:LI, 1630:XLV, 1659:LXXXVII, 1681:XXVIII. tc.). Az ítéleteket a bán, a vicebán (vicebánus, al-bán), az ítélmester és a bírótársak (*cojudex*) együtt hozták. A bíróság az első fokon ítélezett a hatalmaskodás, lopás, emberölés, hűtlenség ügyekben és birtokperekben (az Árpád-házi királyok idején), valamint a püspöki tized, a határigazítás, kiváltságok megóvása ügyekben illetve az elidegenített koronajövedelmek visszapertelése ügyében. Más ügyekben a báni törvényszék, mint fellebbviteli bíróság járt el. A döntésről mindig írásbeli határozat született, amelyet az ítélmesternél (*protonotarius*) őrzött báni pecséttel láttak el.

³³ Lásd JÁSZI VIKTOR: *Bán*. Magyar jogi lexikon. I. köt, Szerk. Márkus Dezső, Budapest, 1898, 609.

³⁴ *Corpus Juris Hungarici* – Magyar törvénytar. 1657–1740. évi törvénycikkek, Budapest, 1900, 311.

³⁵ Uo. 59.

³⁶ Uo. Lásd 1630:XXV, 1635:XXXI, XXXII, XXXIV, 1638:XXXII, 1687:XXII, 1715:CXIV, 1723:LXXXVII, 1729:XX, 1741:XLVII. tc.

A báni törvényszék ítéletei ellen Horvát–Szlavonországban fellebbezni lehetett a királyi kúriához (1574:XVIII. tc.). A kúriában a bán – aki egyébként nem tartozott az ország rendes bírái közé –, az ítélőmesterével együtt helyet birt (1486:LXVIII, 1492:XLII. tc.), de az ország rendes bírának hozzájárulása nélkül oda senkit sem idézhettek.³⁷ Amíg még két bán létezett Horvátországban illetve Szlavóniában, a horvátországi báni bíróság Kninben ülésezett, a szlavóniai pedig Kőrösön (Kri° evci). Nem volt ritka eset az sem, hogy a bán vagy vicebán (horvát néven *banovac*) a Bánság területén járva igazságot szolgáltatottak.

Az Árpád-házi királyok alatt a bán bíraskodási hatalma inkább Szlavónia területén érvényesült, míg Dalmáciában és Horvátországban (tehát a Száván túli területeken) majdnem általános volt a báni bíróság alóli kivétel (*exemptio*). Különösen a *municipális jogokat* élvező dalmát városokban nem tudott érvényesülni a báni törvényszék, hiszen a dalmát városoknak saját bíróságai voltak.

Az 1486:XXI. törvénycikkkel változás történt az igazságszolgáltatás terén, hiszen ezt követően az *exemptiók* csak az *örökös főispánokra* nézve maradtak fenn.

A kiváltságok alapján azonban egyes személyek számára kizárólagos bíró a bán volt.

A török hódítások hatására a két külön – horvát és szlavón – báni tisztség egybeolvadt, így egybeolvadt az addigi két külön törvényszék is. Az egyesített báni törvényszék székhelye Zágráb lett.

Az 1715:CXXI. tc. alapján az egykori „*octaviális*” helyett „*Sedes Banalis*” bíróság jött létre. Az erről szóló „*Horvát- és Szlavonországban a nyolcadas törvényszéknek s báni táblának évenkénti tartását elrendelik*” című törvénycikk így szövelt:

„A császári királyi szent felség, az igazságszolgáltatás buzgalmától s óhajtatásától indítatva (az országlakók egyértelmű szavazatának és beleegyezésének is hozzájárulásával) kegyelmesen jóváhagyja, hogy az 1681. évi 28. s abban hivatolt cikkelyek megújításával, a nyolcadas törvényszékeket, úgy a nagyobbakat, mint a kisebbeket, s a felebbvitelek felülvizsgálatait Horvát- és Szlavonországban, minden évben, ez országok gróf bán ura, vagy ennek törvényes akadályoztatása esetében, más bennszülött, a kit ugyancsak a rendek alázatos folyamodására (itt is az említett bán gróf szavazatának bevétele után) a császári királyi felség a maga tetszése szerint, ugyanez országok kebeléből fog helyettesíteni, megtartsa, miután a királyi tábla ülnökeit, magok a rendek a helyi törvényekre nézve a közvetlen megelőző törvénycikkben kitett feltételhez képest, az eddiginél kisebb számra szállították.

1.§ És pedig aképpen, hogy ez az Ő legszentségesb felségétől helyettesítendő egyén, s a kinevezendő ülnökök, a királyi parancsoknak nem engedelmeskedőkre kiszabott büntetés alatt, azokat a törvényszékeket kihirdetni illetőleg megkezdeni, s a szokott napokon folytatni tartozzanak.”³⁸ Ezt a bíróságot az

³⁷ JÁSZI VIKTOR: *Bán*, Magyar jogi lexikon, I. köt. 609.

³⁸ Corpus Juris Hungarici – Magyar Törvénytar, 1657–1740. évi törvénycikkek, III. Károly 1715. évi decretuma, Budapest, 1900, 533. Vö. Hármaskönyv, III. Rész, 1. c.: 1486:III, 1498:II, 1536:L, 1566:XXI, 1567:XXIV, 1729:XXXV, 1741:L. tc.

1723:XXVII. „A Báni tábláról” szóló törvénycikk alapján helyettesítette a báni ítéлőszék (*tabula banalis*, horvátul *Banski stol*).³⁹

Ez utóbbi bíróság tagjait 1725-ben Károly király nevezte ki. E törvényszéken is a bán vagy helyettese elnökölt, mellette nyolc esküdt (*assessores*), valamint néhány alacsonyabb rangú tisztviselő ítélkezett. A *tabula banalis* ítéletei ellen s hétszemélyes főtörvényszékhez lehetett fellebezni. A *tabula banalis* által létrehozott kiadványokat is báni pecséttel látták el, és minden báni pecséttel ellátott bírói kiadvány hitelesnek és törvényesnek minősült.

Az ítéletek végrehajtása is a bán hatáskörébe tartozott (1518:VI, 1519:XXII. tc.).

A bán hatásköre kizárólagos volt „*Horvátország, Dalmácia és Szlavónia*” területén. Ezeken a területeken Magyarország rendes bírái nem bírtak joghatósággal, így ítéleteik erre a Dráván túli részre nem terjedtek ki. A Hármaskönyv II. Részének 65. címe szerint:

„Mert különben semmi különbség nem lenne az országok és törvényszékek között, mely utóbbiakat pedig mindenkor elkülönözve s más meg más időkben, s különböző módon szokták tartani” (3. §).⁴⁰

Emiatt szokták mindig a bírák az ítéлőleveleikbe beírni a záradékot: „Ezen Magyarországnak, vagy ezen Tótországnak,” vagy ezen erdélyi részeknek határai között.”⁴² Kivétel a szabály alól a hűtlenség elbírálása volt.⁴³

A bán hatáskörei képviseltetve voltak a bán jelképei is. A báni hatalom szimbólumait a méltóságot betöltő személy az *instalatio* (beiktatás) alkalmából vette át. A báni zászló (*banderium*) a legfőbb hadi hatalomnak, a jogar pedig a közigazgatási és bírósági hatalmának volt a jelképe.⁴⁴ A báni székbe való beiktatásnál a jogart a jobb kezében, a zászlót pedig a bal kezében tartotta és így mondta el az esküt az összegyűlt nemesség előtt.

³⁹ A törvénycikk szövege a következő: „Hasonlóképen Horvát- Szlavonországokban minden évben (kivéve az ünnepek s törvényszünetek idejét) a bán úr és az országok összes rendei részéről meghatározott helyen s időben, báni táblát tartsanak, a bán vagy annak távolléte és törvényes akadályoztatása esetében helytartójának, vagyis a bán helyettesének elnöklete alatt (melyhez Dalmát-, Horvát- és Szlavonország minden vármegeinek ügyei felelbbvitel után viendők lesznek).

1. §. Így és nemkülönb az eddig is törvényesen követett módon a peres ügyek fellebbvitelét felülvizsgálat fellebezés és átküldés útján törvényesen a királyi táblára s végre onnan egy folytában, régi szokás szerint, a hétszemélyes táblára vigyék.” Corpus Juris Hungarici – Magyar Törvénytár, 1657–1740. évi törvénycikkek, III. Károly 1723. évi decretuma, Budapest, 1900, 589. Vö. Hármaskönyv, III. Rész, 3. c.: 1659:LXXXVIII, 1741:LVIII. tc.

⁴⁰ WERBÓCZY ISTVÁN: *Tripartitum* (Hármaskönyv), 416.

⁴¹ A középkorban Szlavóniát a magyar okiratokban gyakran Tótországnak nevezték. A XIX. századi országgyűlési nyomtatványokban is gyakran találkozunk ezzel az elnevezéssel.

⁴² WERBÓCZY ISTVÁN: *Tripartitum* (Hármaskönyv), 416. II. Rész, 65. cím, 4. §.

⁴³ Uo. 417.

⁴⁴ A zágrábi székesegyházban mindkét szimbóluma – a báni zászló és jogar – megtekinthetők valódi állapotukban Erdődy Tamás (1642-ben halt meg) horvát bán sírjánál a zágrábi székesegyházban.

*A horvát bánok névsora a magyar királyok idején
(A horvát parasztfelkelésig)*

A horvát nemzeti uralkodóház idejéből *Pribina*, *Gojcsó* illetve *Zvonimir* bánok nevei maradtak meg az okiratokban. Az Árpád-házi királyok idején a bánok nevei könnyebb követhetők. Tudjuk, hogy Könyves Kálmán király alatt *Ugra* volt a bán, II. István bánja pedig *Kledin*.

1142-től Béla (*Belos*, *Bjeloš*) ült a báni székbe, majd 1167–1180-ban *Ampudinus*, 1180–1184-ben *Dénes* követte. 1185-ben III. Béla királyunk Imre fiát Magyarország királyává megkoronáztatván, Dalmát–Horvátország igazgatásával is megbízta, 1192-ben *“hogy a tenger mellék rokonszenvére számot tarthasson”* Dalmát–Horvátország kormányát *Calanus* pécsi püspökre, bízta.⁴⁵ 1198-ban a horvát kormány *Endrére*, III. Béla király ifjabb fiára, hercegi címmel szállíttatott.⁴⁶ 1209-ben II. Endre király, neje meráni Gertrud kérelmére, ennek öccsét, *Berthold* kalocsai érseket nevezte ki horvát bánnak. 1217-ben II. Endre a horvát kormányt a hazánkban akkor letelepedett templom-vitézek főnökének, *Pontio della Cruce*-nak adta kezébe. 1220-ban II. Endre fiát, *Kálmánt* *“dux Sclavoniae”* címmel jutalmazta, 1242-ben *István*, 1243-ban *“a királyi vérből származott”*⁴⁷ *Radiszláv* voltak a bánok. 1246-ban IV. Béla fiát, *Istvánt* Szlavónia–Horvátország és Dalmácia hercegének nevezte ki. 1249-ben István brebiri gróf volt a bán. Ekkor a bán hatósága meg lett szorítva, hogy az többé a Frangepán háznak örökségkép adományozott modrus és vinodoli grófságokra ki nem terjedhetett. 1260–1264-ben IV. Béla király másodszülött fia, Béla *“Dux totius Slavoniae”* címet viselt. 1270-ben *Máté*, 1272-ben *Pektári Joachim*, 1273-ban pedig *Csák Máté* volt a bán. Ez év tavaszán, Csák Máté elnökletével, tartották meg az első ismert rendi gyűlést (szlavón szabor). 1281-ben Miklós volt a szlavón bán. Őt, mint fő rablót és az egyházi alattvalók fosztogatóját, Timot püspök egyházi átok alá vetette.⁴⁸ 1286-ban V. István másodszülött fia, *Endre*, 1288-ban szintén V. István fia, *Béla* lettek *“Dux Sclavoniae”*. 1290-ben Endre mint utolsó Árpád-házi tag került a különkormányzat élére. 1293-ban Endre örökös báni címmel ajándékozta meg *Subics Pált*, majd 1299-ben *Morosini Albertet* nevezte szlavón bánnak és Pozsega vármegye örökös grófjának: *“Ducatum totius Slavoniae, qui est prima dignitas regiae prolis et insuper Comitatum de Posega, qui ad jus pertinet regale seu reginale, perpetuo concessimus et contulimus pleno jure”*.⁴⁹ Subicsok ezt követően behívták Károly Róbertet, ki igényt tartott a trónra, és Zágrábba meg is koronáztatták. Róbert Károly és Endre közötti viszályok idején külön bánjai voltak a király jelölteknek.

1325-ben *Prodanich de Nádasd Mihály* kapott báni kinevezést, 1349-ben *Miklós bán* neve fordul elő az oklevelekben. Nagy Lajos uralkodásának idején a horvát városok és települések magyar neveket kapnak, a bán mellett, pedig ítélmesterek is kerülnek kinevezésre. 1359-ben

Chuzy János volt a bán, mivel azonban Nagy Lajos külön horvát és szlavón bánokat nevezett ki, Szlavóniában *Leustachius* 1359–1360-ban, *István* zágrábi püspök 1362–

⁴⁵ PALUGYAY IMRE: i. m. 18.

⁴⁶ SZALAY LÁSZLÓ: *Magyarország története*, I. köt., Pest, 1852, 273.

⁴⁷ PALUGYAY IMRE: i. m. 19.

⁴⁸ Uo. 21.

⁴⁹ Uo.

1367-ben, 1368–1380-ban Zudar Péter királyi poharnok, voltak a bánok. Bubek Imre vránai perjel (vranski prior) kezében ismét egyesült a horvát és szlavon báni tisztség. 1383-ban Laczfó István (a horvát történetírás Stjepan Lacković néven örökölte meg) volt a bán, aki részt vett Mária királynő elleni szervezkedésben. A következő évben helyébe Szent-Györgyi Tamás gróf kapott báni kinevezést. A hosszú évekig elhúzódtott horvátországi polgárháború idején, 1398-ban Garai Miklós kapta meg a „*Dalmatiae, Croatiae et Slavoniae*” bánja kinevezést, 1406–1411 és ismét 1424-ben gróf Cillei Hermann lett „*tōtius Slavoniae Banus*”. Ez utóbbinak egyik 1412-ben kelt oklevele szerint, ha a vicebánus, „*a tartományban elharapódzott rablások fékezése végett, a tartománybeliek felkelését eszközölni s vezérelni nem eléggé buzgólkodnék: a felkelő sereg ennek javait nyolc napon át megszállhatta, s benne lakmározhatásra jogosította*”.⁵⁰ 1439-ben Thallóczy Máté bán Kőrösön tartotta meg a szlavón szábort, amelyen több határozatot hoztak a rablók ellen. 1448-ban Székely János, Hunyady János sógora lett a bán, 1462-ben pedig Újlaki Miklós. A török behatolások kezdetén, 1470-ben, Thúz János volt Horvátország és Szlavónia bánja, akit Magyar Balázs követte, majd 1473-ban Ernst János. 1477-ben Bocskay Péter bán lépett tisztségbe. 1479-ben Egerváry László lett a báni tiszt betöltője, aki 1492-ben is a Dalmát-, Horvát- és Szlavonországek bánja címet viselte. 1493-ban Derencsényi Imre volt a bán, aki a horvátok „*Mohácsi vészében*”, a *korbávia mezei csatában* vezette a horvát báni sereget. Az említett csatában elesett a horvát nemesség színe-java, maga a bán foglyokkal együtt Törökország felé gyalogulásra kényszerült. A sorsáról nem tudni.⁵¹ 1495-ben Corvin János kapott megbízást Horvátország és Szlavónia kormányával, és törvénynapokat is tartott. 1498-ban rövid időre Kanisay György volt a bán, akit még az évben Corvin János váltotta tisztségben, aki már harmadszor kapta meg ezt a kinevezést. Corvin bán kitűnt a törökök elleni harcokban. Megnősült Frangepán Beatrix-szal, és két gyermekük született a rövid ideig tartott házasságukban. 1503. október 12-én 35 éves korában, forrólázban meghalt Corvin János. Őt halálában megelőzte fia, Kristóf, majd nem sokára leánya, Erzsébet követte. Vagyona átszállt özvegyére, Beatrixra, akire az udvar Brandenburgi György gróffal kötendő házasságot rákényszerített. Ezzel a Hunyadi vagyon elveszett.⁵²

Corvin János utóda Bóth Endre volt, valamint a szlavón rendek által el nem fogadott Balassa Ferenc helyet Mislenovics Márk. 1509-ben Kanisay György és Ernst János voltak a bánok, 1512-ben pedig az országtanács Perényi Imre nádornak adományozta a horvát bánságot. Azonban a horvátok nem akarták elismerni bánul a nádort, mert nem volt birtoka Horvátországban. Berisló Péter (Petar Berislavić) bán, veszprémi püspök, „*Praefectus Banaticus*” 1520. május 20-ig bekövetkezett haláláig, a török elleni harcokban tűnt ki, és éppen az egyik ilyen csatában (csapdában) halt meg.⁵³ Utódai Karlovics János és Batthyány Ferenc lettek, akikről tudjuk, hogy 1524-ben fizetésükre és váraik ellátására békés időben is 32 ezer arany szükségeltetett.⁵⁴ 1526-

⁵⁰ Uo. 33.

⁵¹ HEKA LÁSZLÓ: *Kobni poraz na Krbavskom polju* (A korbávia mezei csapás), Godišnjak Hrvatskog glasnika 1997. (Hrvatski glasnik Évkönyve 1997.), Čakovec (Csáktornya), 1997.

⁵² HEKA LÁSZLÓ: *Znamenite osobe i obitelji iz hrvatsko-mađarske povijesti. Obitelj Frankopan*. (A horvát-magyar történelem jelentős személyei és családok. Frangepán család). Godišnjak Hrvatskog glasnika 1997 (Hrvatski glasnik 1997. évi Évkönyve), Čakovec (Csáktornya), 1997, 33-56.

⁵³ U. o. Petar Berislavić (Berisló Péter)

⁵⁴ SZALAY LÁSZLÓ: *Magyarország története*, III. köt, Pest, 1852, 543.

ban Batthyány Ferenc a mohácsi csatában háromezer lovast vezetett, és a csata elején kisebb sikert is aratott, de nemsokára következett a katasztrófa. Lajos király halála után kiüresedett a trón, a horvátok két pártra oszlottak. A horvát szabor Cetinben 1527. január első napján I. Ferdinándot választotta királlyá, amíg a szlapon szabor január 6-án a Csázma melletti püspöki várban Dubraván a már megkoronázott Szapolyai Jánost fogadta törvényes királlyá. Szapolyai a főurak közül Frangepán Kristóf gróf és Erdődy Simon zágrábi püspök támogatását élvezte, amíg a horvát főurak többsége I. Ferdinánd mellett voksolt, elsősorban azért, mert a Habsburg-házi király ígéretet tett arra, hogy megvédi a horvát határokat a töröktől. Szapolyai *Frangepán Kristófot*, I. Ferdinánd pedig *Batthyány Ferencet* nevezte ki bánná. A kirobban polgárháborúban szeptember 27-én Varasdnál elesett Frangepán Kristóf gróf, és a szlapon szabor október 6-án elfogadta I. Ferdinándot királlyá. Batthyány bán 1529-ben le akart mondani a báni tisztről, és Ferdinánd királynak írta:

„nekem nincsen pénzem, hogy minduntalan embert küldjek felséged után, s ha jelen szolgálom nem hoz jó választ s pénzt, akkor ne irjon nekem felséged ezentúl mint bánjának. Én felségedet szolgálni fogom a bánságon kívül, mint többi hívei... Nemcsak hogy pénzt nem küld felséged, de még Erdődy Péter ellen sem akar engemet oltalmazni. S azt is látom, kegyelmes uram! Hogy ilyen hűtlenes és árulók szavai nagyobb nyomatékkal bírnak felséged előtt, mint az enyéim és más hívekéi, kik naponkint kárt szenvedünk... E napokban Szombathelyt megtámadták, nagyobb részét felgyújtották, s embereim közül nehányat megöltek, másokat megsebesítettek, ismét másokat foglyokul vittek magokkal. Könyörgök felségednek, gondoskodjék rólunk... én azt hiszem, hogy egy Nemzet sem szenvedett annyit urdért, mint mi.”⁵⁵

1536-ban a király elfogadta Batthyány Ferenc lemondását, és a következő évben két bánt – *Nádasdy Tamást* (1537–1540) és *Keglevics Pétert* (1537–1542) – nevezett ki, valamint Jurisich Miklóst (Nikola Jurišić) Szlavónia főkapitányává. 1542-től 1556-ig a horvát báni tisztelet a szigetvári hős *Zrínyi Miklós* (Nikola Šubić Zrinski) látta el. A török elleni harcokban kitűnt, amiért a királytól (1546. március 12-én) megkapta az egész Muraközt. A család ekkor áttette a székhelyét Zrin-ből Csáktornyára.⁵⁶ Zrínyi Miklóst *Erdődy Péter* váltotta fel a bánságban (1557–1567). Erdődy bán halála után Miksa király ismét két bánt nevezett ki – *Draskovics György* zágrábi püspököt⁵⁷ és szluini *Frangepán Ferencet*, aki 1572-ben váratlanul meghalt Varasdon. Draskovics püspök egyedül folytatta a munkát két éven át. Miután az 1573. évi paraszt fölkelést leverte, a püspök kérte a báni tisztből való elbocsátást „mert látom, hogy a szolgálatom nem egyezik meg a hivatásommal.”⁵⁸ A király nem tett eleget a püspök kérésének, de az egyre hevesebb török támadások miatt mellé kinevezte 1574-ben bánnak Alapy Gáspárt is.

⁵⁵ SZALAY LÁSZLÓ: *Magyarország története*, IV. köt. 107. Idézi Palugyay Imre: i. m. 102.

⁵⁶ HEKA LÁSZLÓ: *Znamenite osobe i obitelji iz hrvatsko-mađarske povijesti. Obitelj Zrinski*.

⁵⁷ HEKA LÁSZLÓ: *Juraj II. Drašković (1525–1587)*, Pannonisches Jahrbuch- Panonska ljetna knjiga 1997, Pannonisches Institut, Güttenbach, Literas-Verlag, Wien (Bécs), 1997, 74-75.

⁵⁸ FERDO ŠIŠIĆ: i. m. 298.

A magyar királyok bánokra vonatkozó néhány rendeletéről

1217-ben II. Endre király Szlavónián keresztül utazott Dalmáciába. Ekkor a magyar pénz sokkal rosszabb értékű volt, mint a szlavóniai, és a zágrábi püspököknek sikerült kieszközölni a királytól,

*„quod, licet nunquam moneta regalis in regno Banatus seu Ducatus fuerit ab aliquo Rege facta, tamen a successoribus nostris, si fieri contingat, quod non credimus, populus Ecclesiae mercimonia sua emendo vel vendendo dare non compellatur pro eadem. Nec etiam monetarii ad aliquod forum Episcopi causa exercendae monetae accedere, aliquo modo praesumant”*⁵⁹

Ugyanekkor II. Endre megerősítette Szent Lászlónak a zágrábi egyház részére adott szabadalmait azzal a hozzáadással, hogy ha valamelyik bán vagy herceg „in Regno Banatus seu Ducatus” ezen szabadalmak ellen cselekedne: az, ha királyi vérből származott, trón örökösödési jogát veszítse el.⁶⁰

1220-ban II. Endre Petrinja és Samobor városokba telepített német kolonistáknak szabadalmakat adott, melyek között szerepelt az is, hogy ha a bán csak egy márka kárt okoz nekik, ezt száz márkával megtéríteni kötelezett. Ellenben, ha a bán hozzájuk érkezik, akkor csak szállást kötelesek adni neki és semmi mást. E szabadalmakat IV. Béla király is megerősítette 1242-ben.⁶¹

Luxemburgi Zsigmond 1395-ben megerősítette Nagy Lajos király 1359-ben kelt oklevelét, amely Szlavónia lakosait kizárólag a báni hatalom alá rendelte. Horvátországban ez időben heves polgárháború (illetve lázadás) dúlt. 1496-ban Ulászló király kiváltságlevélben címet adományozott Szlavóniának, mely levelet jelentősége miatt teljes terjedelemben közlöm:

„Uladislaus Dei Gratia Hungariae, Bohemiae, Dalmatiae, Croatiae, Ramae, Serviae, Galiciae, Lodomeriae, Cumaniae, Bulgariaeque Rex, nec non Silesiae et Lucenburgensis Dux, Marchioque Moraviae et Lusatiae. Ad perpetuam rei memoriam! Decet Regiam Majestatem justis et congruis precibus condescendere subditorum, et ipsos subditos de plenitudine gratiae sua continuis honoribus afficere: dum suo subjecti domino suave jugum, se portare senserint, fortius accendantur, ad observanda suscepta debitae fidelitatis exercitia. Tum enim subditi in virtute laetantur boni Praesidentis, cum eos non in antiquis solummodo legibus et consvetudinibus suis studiose fovet et conservat: sed insuper novis extollit honoribus, et regalis beneficentiae adornat donativis. – Provide ad universorum notitiam harum serie volumus pervenire: quod, cum his diebus in hac Civitate nostra Budensi una cum nonnullis Dominis, Praelatis et Baronibus regni nostri fuissemus constituti, fideles Nostri Nobiles et Egregii Bernardus de Thüroc, Georgius Capitánffy de Desznica, ac Nicolaus Voikff de Voikouc, nominae et in persona Universitatis Nobilium Regni Slavoniae, nostrae Majestatis accendentes in conspectum, exponere curaverunt: quod quamvis illud Regnum nostrum lavoniae ab antiquo habuerit

⁵⁹ PALUGYAY IMRE: i. m. 18.

⁶⁰ Uo. 19.

⁶¹ Uo.

pro armorum insigni unum Mardurem, et his armis usque praesentiarum semper usum fuisset, et ejusdem Universitatis universaliter usu extiterit: tamen propter certas causas, et rationes cuperent iidem regnicolae hoc armorum insigne per Nostram Majestatem renovari, et sibi de novo ad perpetuam rei memoriam renovatum condonari. Nos igitur, qui praefatum Regnum Nostrum Slavoniae, et ejusdem regnicolas nihilominus, quam alia Regna et Domina Nostra, et eorundem incolas cupimus non solum in antiquis legibus, juribus et consuetudinibus suis conservare, sed etiam majoribus honorum titulis, et Regia nostra providentia et liberalitate decorare. Nam Regnum hoc inter Savum et Dravum constitutum contra et adversus Turcas Christianitatis perpetuos hostes et inimicos sibi proxima loca tenens continua bella exercet et ita se armis tutatur, et conservat: út vix eam regionem Turcus unquam ingreditur, quin accepta gravissima clade, et calamitate ex eodem Regno Nostro recedat. Quapropternon immerito hoc ipsum Regnum Nostrum unum praecipue scutum, vel antemurale potius hujus Regni nostri Hungariae appellaverimus. Út itaque hoc ipsum Regnum nostrum Slavoniae, atque Universitas fidelium Nostrorum in eodem constituta nostram regiam munificentiam praesentiat et experiatur liberalem: haec arma (videlicet in uno scuto triangulari, duo flumina superius denominata per transversum directe depicta, in eorum medio superstitio campo scilicet poenitus rubicundo praedictum Mardurem antiquum eorum insigne coloris naturalis et proprii, reliqui autem duo campi ejusdem scuti duas partes exteriores praedictorum fluminum occupant, sunt poenitus colore depicti coelesino, in quorum superiore unam stellam, quod propter continuas bellicas exercitationes, in quibus praefatum Regnum nostrum Slavoniae, et ejusdem incolae adversus praedictos Turcas continuo agitantur, sydus Martis volumus appellare: praeterea super scutum galeam unam in vero colore, propriaque figura variis floribus veluti vento agitatae universum gyrum ejusdem galeae atque scuti, totamque armorum descriptionem pulchra diversitate ambientibus, prout haec in principio, seu capite praesentium literarum nostrarum figurata sunt, et distinctius expressata) animo deliberato et ex certa nostra scientia ac de consilio praedictorum Dominorum Praelatorum et Baronum Nostrorum, plenitudineque potestatis nostrae Regiae eidem Regno Nostro Slavoniae, Universitatique obilium ejusdem duximus dandum et confirmandum. Annuentes eisdem et concedentes: út ipsi a modo deinceps in perpetuum his armis in Banderiis suis, et aliis quibusvis rebus et exercitiis militaribus Universitatem Regni illius nostri concernentibus fruantur et utantur. Atque ut iidem publicae utilitati suae cautius et providentius consulere possint: iisdem armis, et Sigillo per impressionem cereae rubrae, quantum in literis et epistolis missilibus omnibus in rebus Nomine Universitatis suae úti, frui et gaudere possint et valeant. – De talismodi igitur singularis, et specialis gratiae nostrae merito exultent, et tanto ampliore studio ad honorem Regiae Majestatis ipsorum de caetero solidetur intentio: quanto se ipsos largiori favore Regio praeventos esse conspiciunt, et munere gratiarum: in cujus rei memoriam, firmitatemque perpetuam praesentes literas Nostras pendentis, et authentici dupplicis Sigilli Nostri, quo út Rex Hungariae utimur, consignatos, eidem Regno Nostro Slavoniae, regnicolariumque ejusdem Universitatis duximus concedendas.

Datum per manus Reverendi in Christo Patris Domini Thomae Episcopi Ecclesiae Agriensis, et Aulae Nostrae summi et secretarii Cancellarii, Fidelis Nostri dilecti Budae in festo Conceptionis B. Mariae Virginis, Anno Domini MCCCCXCVI. Sigillo in pendentii."⁶²

Ez a királyi kiváltságlevél több szempontból is fontos. Egyszer, mert a leírásból kitűnik, hogy Zágráb, Varasd és Kőrös megyékre, azaz a középkori Szlavóniára (a későbbi Horvátországra) vonatkozik, és nem a XIX. századi Szlavóniára (azaz Szerém, Verőce és Pozsega megyékre). Másodszor, mert mint kiderül, a három megyéből követeket küldtek a királyhoz: Varasdból vinicei *Thuróczy Bernárd* gróf, utóbb szlavón bán, Kőrösből desznicei *Kapitányfó György*, később kőrösi gróf, Zágrábból pedig voikoveci *Voikffy Miklós*, a Szávántúli birtokos nemesek leggazdagabbika.⁶³

1509-ben Ulászló király Kanisay György és Ernst János bánokat, valamint a horvát főurakat felhívta Budára, hogy tanácskozzanak arról, miképp lehetne visszafoglalni a Szent Koronához tartozó Dalmáciát. Az országnagyok azonban nem éltek a lehetőséggel.

1526. április 15-én II. Lajos király Batthyány Ferenc bánhoz a következő rendeletet bocsátotta:

„Magnificio Francisco de Battyán Regnorum Nostrorum Dalmacie, Croacie et Slavonie Bano, ejusque Vice anis fidelibus Nostreis dilectis. Commissio propria domini Regis. Ludovicus Dei gratia Rex Hungariae et Bohemie etc. Magnifice fidelis nobis dilecte. Serenissimus Princeps dominus Ferdinandus Archidux Austrie etc. Sororius noster charissimus misit ad confinia domini sui defendenda certum numerum gentium, committendo capitaneis illarum, ut vobiscum habeant mutuam intelligenciam de omnibus conatibus Thurcorum et presto sint vobis ad vestram requisicionem, eciam ad ferendam opem. Mandamus igitur nos quoque habete cum illis mutuam intelligenciam fauoreque, amore et beueolencia illos prosequamini singulariter et dum opus fuerit ac tuto fieri poterit absque finium nostrorum periculo: non deseratis eciam defensionem domini sui Serenitatis, ita ut communibus viribus et mutua cura possitis confinia utriusque nostrum defendere. Ceterum tam dominos quam nobiles, ciuitates, oppida et villas in istis Regnis nostris Croacie et Slavonie ut iuxta mandatum nostrum cum presentibus ad vos missum ordinent precio competenti ac aduehant et curent aduehi de medio ipsorum, sufficientem copiam omnium victualium necessariorum ad alendas gentes prefati domini Archiducis, ne inopia et defectu vel eciam caristia victualium cogantur illas partes vacuas deserere. Secus igitur facere non presumatis. Datum Strigonii in Dominica Misericordia anno Domini 1526-o."⁶⁴

A mohácsi vész után a Habsburgok és a horvát bán közötti viszony már nem volt olyan tartalmas, mint a magyar királyok idején. Ugyanakkor a bán hatásköre és jelentősége gyengült, az udvar pedig igyekezett korlátozni a hatalmát.

⁶² PÁLMA: *Specimen Heraldicae Regni Hungariae*, Pest, 1796. 59–62.

⁶³ PALUGYAY IMRE: i. m. 47.

⁶⁴ CHMEL JÓZSEF: *Actenstücke zur Geschichte Croatiens und Slavoniens in den Jahren 1526 und 1527*, Wien (Bécs), 1846. I. köt. 1. Idézi Palugyay Imre: i. m. 53.

A horvát–szlavón–dalmát bán a magyar–horvát kiegyezés alapján

Az előzőekben volt szó arról, miképpen szabályozták a törvények a bán hatáskörét és feladatait a magyar királyok, valamint a Habsburg-házi királyok idején. Az 1848. évi eseményekben a horvát bán, Jellasics József báró szerepe közismert, éppen ezért érthető, hogy az alkotmányos rend visszaállítása után kezdett magyar–horvát tárgyalások során nem kerülhették ki a horvát bán katonai hatáskörét sem. A két nemzet közeledésének jegyében, 1868-ban végre létrejött kiegyezési törvénycikk ezt a hatáskört elvette a mindenkori horvát bántól. A két nemzet közötti több mint nyolc évszázados közös élet alatt éppen Jellasics bán robbantotta ki az egyetlen fegyveres összeütközést, és mindkét nemzet küldöttsége egyetértett abban, hogy a nézeteltérések elkerülése végett a bán többé ne legyen hadvezér.

A horvát bán jogkörét az 1868:XXX. tc (a horvát–magyar kiegyezés magyar változata) illetve 1868:I. tc. (a horvát–magyar kiegyezés horvát változata) tartalmazza. A bán a Horvát-Szlavón-Dalmátországok autonóm országos kormányának élére került a törvénycikk alapján. 1848 és 1918 között a bán maradt az egyetlen országzászlós, kinek méltósága nem maradt pusztá cím, vagyis nem csupán az egyes alkotmányjogi cselekményre korlátozódott. Bár tehát, a horvát bán⁶⁵ országos főhivatalt töltött be, mégis csökkent a hatásköre. A kiegyezési (1868:XXX. illetve 1868:I.) törvénycikk megszüntette a történelmi katonai hatáskörét. Ezért a bán csak polgári személy lehetett.

A horvát–magyar kiegyezési törvénycikk kimondta, hogy a bán, mint „Dalmácia, Horvátország és Szlavónia” kormányának élén álló méltóság „ezen királyságok szaborának felelős”.⁶⁶

1868 után a bánt „a magyar királyi közös miniszter ajánlatára és ellenjegyzése mellett”⁶⁷ nevezte ki az uralkodó. A bán hivatalos címe „Horvát-Szlavón- és Dalmátországok bánja”. Méltósága alapján tagja maradt 1868 után is a magyar országgyűlés főrendiházának.

A bán hivatalosan többé nem érintkezhetett közvetlenül a királlyal, hanem csak a magyar kormányon keresztül, a külön kinevezett horvát–szlavón–dalmát miniszter útján, amely tisztség a kiegyezési törvénycikk alapján jött létre. A horvát–szlavón–dalmát tárca nélküli miniszter a magyar kormány tagja volt, tehát felelősséggel tartozott a magyar miniszterelnöknek.

A bán felelősséggel tartozott a szábornak. E jogi felelősségének részleteit az 1874. évi január 10-én kelt horvát törvény szabályozta. A törvény szerint a bán elleni vádat legalább 20 tag indítványára a szabor mondta ki. Az ítélőszék 12 felső bíróból és 12 választott szabori képviselőből alakult meg. Az élén a hétszemélyes tábla elnöke volt.

⁶⁵ A báni tisztség olykor előfordult másutt is, pl. a boszniai bán, vagy a macsói bán, tartósan a méltóság horvát maradt és a különállást jellemezte.

⁶⁶ A kiegyezési törvénycikk magyar változata a „Horvát-Szlavón- és Dalmátországok” kifejezést alkalmazza, a horvát változat pedig a „Dalmácia, Horvátország és Szlavónia királyságok” fogalmat. Vö. IVAN ŽIGROVIĆ: *Hrvatski ustavni zakoni* (Horvát alkotmányos törvények), Különlenyomat: *Hrvatsko-Ugarska nagodba* (Horvát–Magyar kiegyezés), Zágráb, 1917.

⁶⁷ A törvénycikk szövege az ajánlás szót használja, habár a kinevezési kéziratok az előterjesztés szó alkalmazását helyezték előtérbe.

A vádló és a vádlott 6–6 jelöltet visszavethetett. Az így létrejött ítélőszék által kiszabott büntetés lehetett a báni szolgálatból való elbocsátása vagy örökös hivatalvesztése.⁶⁸

Politikai szempontból azonban a bán a miniszterelnöknek és a királynak tartozott felelősséggel, hiszen a közös miniszterelnök előterjesztésére és annak ellenjegyzése mellett nevezte ki, illetve mentette fel őt a király a hivatalából. Ezért a horvát bán egyaránt a király és a miniszterelnök bizalmát is kellett, hogy élvezze. Ezt az állításmat azzal is alá tudom támasztani, hogy a bán nem egyszer végrehajtott egyes miniszteri rendeleteket is, holott erre az 1868:XXX. illetve 1868:I. tc. alapján egyáltalán nem volt köteles.

1868 után a bán hatalma Horvátország és Szlavónia (valamint névlegesen Dalmácia) területére terjedt ki. Mint kormányzó, a belügy, igazságügy, vallás- és közoktatás terén teljes és kizárólagos hatáskörrel rendelkezett.

A belügyek intézését a bán a belügyi osztályfőnökökre bízta. A szábor önállóan szabályozta a közigazgatást az 1870:17. tc-kel, valamint az 1874. november 15-iki törvénnyel. Az előbbi szabályzatok alapján a közigazgatást egészen új alapra fektették. A járás fő tisztviselőit (főispán, alispán, kerületi előljáró, orvos, mérnök, iskolafelügyelő) a király illetve a bán nevezte ki, a horvát bán kormánya felügyeleti és fellebbezési fórum lett.

Az igazságügy is a bán vezetése alatt állt. Az igazságszolgáltatást – három fokon – az 1870:XI. (horvát) tc. szerint a bán előterjesztésére a király által kinevezett bírák végezték, a király nevében. Az 1874. február 28-iki törvény szerint a bán megszűnt Horvát–Szlavón- és Dalmátországok első bírása lenni.

1918-ig a horvát bán a különkormányzat főtisztviselője, országos magyar méltóság volt.

A horvát (szlavón–dalmát) bánok (1102-től 1918-ig)⁶⁹

Horvátországban, Szlavóniában és Dalmáciában általában a király nevében a bánok kormányoztak. A különkormányzat élén a magyar királyi hercegek (ifjabb királyok) álltak. Ezért őket is feltüntettem e névsorban, de kiemelem, hogy ők nem bánként, hanem hercegként álltak a társországok élén.

A bánok közül voltak, akik *banus totius Sclavoniae* (egész Szlavónia bánja) címet viselték, és általában Horvátország, Szlavónia és Dalmácia egész területét kormányozták. Voltak azonban külön horvát–dalmát illetve szlavón bánok. Néha egy időben két-két horvát–dalmát illetve szlavón bán létezett.

1102–1107. II. PÉTER (PETAR), Könyves Kálmán királyunk uralkodásának idején.

1107–1110. SARUBA, Könyves Kálmán uralkodása alatt.

1110–1116. ALEXIUS (ALEKSIJE), Könyves Kálmán királyunk idején

⁶⁸ Lásd B. JESZENSZKY BÉLA: i. m. 112.

⁶⁹ A horvát (szlavón, dalmát) bánok névsorát TORBÁGYI NOVÁK JÓZSEF LAJOS: *Uralkodók és főemberek. Történelmi segédkönyv*, Budapest, 1928., 380–407. vettem át. A királyok uralkodásának a forrásanyagban jelzett dátumai helyenként tévesek.

1116–1128. DACHAU KONRÁD, Dalmácia hercege és Horvátország grófja II. István királyunk uralkodása alatt.

1128–1141. III. PÉTER (PETAR), II. István és Vak Béla uralkodása alatt.

1141–1157. BELUS (BJELOS, BELOS) II. Géza uralkodása alatt.

1145-ben RELES, dalmát (országi) bán.

1158-ban APPA, dalmát bán II. Géza idején.

1160-ban AMPUD (AMPUDIUS, AMPUDIJE), horvát–dalmát bán, II. Géza idején.

1163-ban BORIS vagy BORICS (II. László) III. István uralkodása alatt.

1164–1167. AMPUD (AMPUDUS, AMPUDIJE), másodszor horvát–dalmát bán, egyben nádor III. István és IV. István idején.

1167–1171. AMBRUS. Horvát–Dalmátország a Bizánc fennhatósága alatt volt.

1168–? KONSTANTIN SEBASTOS, viselte a Dux Dalmatiae et Croatiae címet. Ez a terület ekkor ismét a Bizánc fennhatósága alatt állt.

1171–1180. GAUFRID és MARCELL, horvát–dalmát bánok a Bizánc uralma (I. Komnénosz Mánuel, III. Béla) alatt.

1175–1176. AMPUD (AMPUDIUS, AMPUDIJE), harmadszor horvát–dalmát bán I. Mánuel és III. Béla idején.

1178–1180. ROGERIUS, viselte a Dux Dalmatiae et Croatiae címet a Bizánc fennhatósága alatt.

1180–1183. DÉNES, III. Béla idején.

1181–1183. MÓR, a tengermellék (Primorje) grófja. (Dei et Ungarorum gratia comes).

1183-ban DÉNES, bácsi főispán, tengermelléki gróf.

1183-ban MIKLÓS, zalai főispán, szlavón bán.

1184–1196. IMRE, magyar királyi herceg, aki még a Dux Dalmatiae et Croatiae és Dux Sclavoniae címet viselte. Ifjabb király lévén később magyar király is lett (1196–1204).

1189-ben CALANUS (BÁR KALÁN NEMBELI KALÁN), pécsi püspök, szlavón bán.

1194–1195. DOMOKOS (DOMINIK, DOMONKOS) a Bors nemzetségből III. Béla uralkodása alatt.

1197–1201. ANDRÁS (ENDRE) magyar királyi herceg, Imre király testvéröccse, aki a Dux Sclavoniae címet viselte, mely alatt ekkor Horvátországot, Dalmáciát és Szlavóniát is értették. András herceg friesachi (Karintia) típusu pénzt veret Szlavóniában.

1199-ben BENEDEK, Imre királyunk uralkodása alatt.

1199–1200. MIKLÓS, zalai főispán, szlavón bán másodízben.

1200-ban I. PÁL (PAVAO), dalmát bán, Imre királyunk uralkodása alatt.

1201-ben DOMOKOS (DOMINIK, DOMONKOS), a Bors nemzetségből, Imre királyunk idején, másodízben.

1202–1207. I. FRANGEPÁN ISTVÁN (STJEPAN FRANKOPAN, FRANKAPAN), zenggi gróf, egész Szlavónia bánja (banus totius Sclavoniae), Imre, III. László, és II. Endre királyok uralkodása alatt.

1204-ben IPOCH bán, Imre király uralkodása alatt.

1205-ben MERCUR bán, III. László király alatt.

1207-ben I. MÁRTON (MARTIN), szlavón bán II. András uralkodása alatt.

1207–1209. BÁNK (BANCO) bán, aki később nádorrá is emelkedett és Gertrúd királyné gyilkosává lett.

1209–1212. BERTOLD (BERCHTOLD) meráni herceg, Gretrúd királyné testvére, kalocsai érsek, egész Szlavónia bánja.

1210-ben I. MÁRTON (MARTIN) szlavón bán másodszor, II. András idején.

1210–1212. I. MIHÁLY (MIHAEL) bán, II. András király uralkodása alatt.

1213-ban GYULA (JULA) bán, az Aba nemzetségből, II. András uralkodása idején.

1214-ben OCHUR, szlavón bán.

1215-ben JÁNOS (IVAN) bán, II. András uralkodása alatt.

1216-ban PÓSA bán, II. András király idején.

1217-ben BÁNK, szlavón bán másodszor.

1217–1219. FRÁTER PONTIUS DELLA CROCE, a magyarországi templárius lovagrend tartományi feje, aki Horvátországban, Dalmáciában és a Szentföldön hadakozó II. András király helytartója (locumtenens regius) volt.

1219-ben GYULA (JULA) bán, az Aba nemzetségből másodszor, II. András idején.

1220–1222. OCHUR, szlavón bán harmadszban, II. András király uralkodása alatt.

1220-ban NEMIL, zágrábi főispán és horvát–dalmát al-bán (vicebanus).

1221–1226. BÉLA királyfi, magyar királyi herceg, aki a Dux Sclavoniae címet viselte. A szlavón hercegség alatt ekkor a Drávától az Adriáig húzódó terület érhető.

1222–1241. KÁLMÁN (KOLOMAN), magyar királyi herceg, később halicsi király, II. András király uralkodása alatt.

1222–1224. SALAMON, banus totius Sclavoniae, II. András király uralkodásának idején.

1224–1226. II. MÁRTON (MARTIN) bán, II. András király uralkodása alatt.

1225–1226. ALADÁR, szlavón bán.

1225-ben VONICS, tengermelléki bán.

1226-ban VELEGIN, tengermelléki bán.

1226–1228. BUZÁD, a Hahold nemzetségből, szlavón bán.

1228-ban BENEDICTUS (BENEDEK, BENEDIKT) egész Szlavónia bánja (banus totius Sclavoniae), II. András uralkodása alatt.

1228–1232. GYULA (JULA) bán, a Ráthold nemzetségből, szlavón bán.

1231-ben I. TAMÁS (TOMISLAV) bán, II. András uralkodása alatt.

1232–1233. OCHUR (OKUS) szlavón bán, negyedszer.

1233–1234. GYULA (JULA) bán, a Ráthold nemzetségből, szlavón bán másodszor, II. András király uralkodása alatt.

1236–1238. OPOJ, szlavón bán, IV. Béla király idején.

1238-ban ALBERICUS, horvát–dalmát al-bán (vicebanus), IV. Béla uralkodása alatt.

1240-ben LÁSZLÓ (LADISLAV, VLADISLAV), szlavón bán, IV. Béla király uralkodásának idején.

1241–1244. Türje nembeli DÉNES (DIONIZIJE), egész Szlavónia bánja, IV. Béla király idején.

1243–1247. RADISZLÓ (RADISLAV), gácsországi (Gacko) herceg, egész Szlavónia bánja, IV. Béla király uralkodása alatt.

1244-ben SUBICS ISTVÁN (STJEPAN), tengermelléki bán.

1245-ben I. LÁSZLÓ (LADISLAV, VLADISLAV) másodízben egész Szlavónia bánja, IV. Béla király uralkodása alatt.

1245–1262. ISTVÁN magyar királyi herceg, ifjabb magyar király (rex iunior), a Dux Sclavoniae címet viselte, és kormányozta a Drávántúli részeket, IV. Béla király idején.

1246-ban I. ROLAND (LORÁND), a Ráthold (Rátót) nemzetségből, egész Szlavónia bánja IV. Béla király uralkodása alatt.

1247–1258. BREBIRI (BRIBIRI) II. ISTVÁN (STJEPAN II. BRIBIRSKI, ŠUBIĆ) gróf, egész Szlavónia bánja IV. Béla király uralkodása alatt.

1247–1249. DOMINIK (DOMINICUS), al-bán (vicebanus).

1249–1269. BÉLA, szlavón herceg, IV. Béla kisebbik fia.

1251–1312. SUBICS III. ISTVÁN (STJEPAN III. ŠUBIĆ) és családja, egész Szlavónia bánja IV. Béla, V. István, IV. (Kun) László, III. Endre, I. (Anjou) Károly (Róbert) királyok uralkodása alatt.

1255–1258. MÁRTON (MARTIN) szlavón bán.

1258–1260. SÁNDOR MESTER, szlavón bán.

1259–1260. KORBÁVIAI (KRBAVSKI) BUTEO, tengermelléki (Primorje) bán.

1260–1261. I. ROLAND (LORÁND), a Rátót nemzetségből, egész Szlavónia bánja másodsor, IV. Béla király uralkodása alatt.

1262–1263. II. DÉNES (DIONIZIJE) egész Szlavónia bánja, IV. Béla király uralkodása alatt.

1263–1264. ERNEY IV. ISTVÁN, királyi főasztalnok mester, egész Szlavónia bánja IV. Béla király idején.

1264–1266. I. ROLAND (LORÁND) a Rátót nemzetségből, egész Szlavónia bánja harmadszor, IV. Béla király uralkodása alatt.

1266–1267. CSÁK DEMETER, egész Szlavónia bánja, IV. Béla király idején.

1267–1268. II. DÉNES, egész Szlavónia bánja, másodsor, IV. Béla király uralkodása alatt.

1268–1269. ERNEY (HENRIK), egész Szlavónia bánja, IV. Béla király uralkodásának idején.

1270-ben I. ROLAND (LORÁND) a Rátót nemzetségből, egész Szlavónia bánja, negyedszer, IV. Béla király uralkodása alatt.

1270–1272. PEKTÁRI JOÁKIM, brebiri gróf, horvát–dalmát bán, V. István király uralkodása alatt.

1270–1273. I. MÁTÉ (MÁTYUS, MATIJA) egész Szlavónia bánja, V. István és IV. (Kun) László királyok uralkodása alatt.

1271-ben PONITH bán, V. István király uralkodása alatt.

1272–1278. ENDRE (ANDRÁS), magyar királyi herceg, IV. (Kun) László testvéröccse, a Dux Sclavoniae címet viselte (hat éves korától 12 éves koráig).

1272–1276. PEKTÁRI JOÁKIM, brebiri gróf, egész Szlavónia bánja, IV. (Kun) László királynak uralkodása alatt.

1273–1275. ERNEY (HENRIK), egész Szlavónia bánja, IV. (Kun) László királyunk uralkodása alatt.

1275–1277. I. JÁNOS (IVAN), egész Szlavónia bánja, IV. (Kun) László királyunk uralma alatt.

1275–1277. MIKLÓS (NIKOLA) brebiri gróf, dalmát bán, IV. (Kun) László király uralma alatt.

1277-ben II. ROLAND (LORÁND) bán, országbíró, IV (Kun) László király alatt.

1278–1290. VELENCEI ENDRE (ANDRÁS) magyar királyi herceg, István herceg fia, aki viselte a Dux Slavoniae címet, majd az utolsó Árpád-házbeli királyunk lett.

1278–1288. RADISZLÁV, egész Szlavónia bánja, IV. (Kun) László király uralkodása alatt.

1279–1280. ERNEY (HENRIK) egész Szlavónia bánja, harmadszor, IV. (Kun) László királyunk uralkodása alatt.

1280–1282. PAKRÁCZI IV. PÉTER (PETAR PAKRAČKI, PETRUS DE PUKUR), egész Szlavónia bánja, IV. (Kun) László királyunk uralkodása alatt.

1280–1281. MIKLÓS (NIKOLA), szlavón bán.

1280–1282. DETRE (DITRICH vagy DETRICUS), al-bán (vicebanus).

1282–1288. V. ISTVÁN (STJEPAN), egész Szlavónia bánja, IV. (Kun) László király uralma alatt.

1284–1286. II. JÁNOS (IVAN), egész Szlavónia bánja, IV. (Kun) László uralma alatt.

1284–1286. II. DIENES (DÉNES, DIONIZIJE), ugyanekkor egész Szlavónia bánja.

1284–1286. II. LORÁND, szlavón bán.

1284–1286. II. PÁL (PAVAO), brebiri gróf, horvát és dalmát bán, IV. (Kun) László király uralkodásának idején.

1286–1287. GYÖRGY (JURAJ), brebiri gróf, horvát és dalmát bán, IV. (Kun) László király idején.

1287–1288. II. PÁL (PAVAO), brebiri gróf, egész Szlavónia bánja, harmadszor.

1288–1290. RADISZLÓ (RADISLAV), egész Szlavónia bánja másodszor, IV. (Kun) László király uralkodása alatt.

1288–1290. II. LORÁND, szlavón bán, másodízben.

1290-ben BERECK, egész Szlavónia bánja III. Endre (András) király részéről.

1290–1291. HENRIK, egész Szlavónia bánja Martell Károly részéről, Erney (Henrik) egykori többszörös bán fia.

1290–1301. MOROSINI ALBERT HERCEG, III. Endre király nagybátyja és helytartója, Horvát–Dalmát- és Szlavonországek bánja.

1292-ben JAKAB (JAKOB), szlavón bán III. Endre részéről.

1292–1294. MIKLÓS (NIKOLA) egész Szlavónia bánja, III. Endre király uralkodása alatt.

1293–1312. SUBICS PÁL (PAVAO ŠUBIĆ) horvát–dalmát bán. II. Károly nápolyi király 1292-ben a bánnak és rokonságának adományozta Horvátországot Humtól Modrus és Gács megyéig. III. Endre király 1293-ban Subics Pálnak és testvéreinek adományozta a tenger melléki (horvát–dalmát) bánságot (örökös bánság). 1295-ben Martell Károly salernói herceg is adományozta Subics Pálnak a tenger melléki bánságot. Subics Pál megszerezte Boszniát is, és magát Bosznia urának (dominus Bosnae) nevezte.

1294–1299. LEUSTÁK, szlavón bán III. Endre király részéről.

1294–1299. JÁNOS (IVAN), egész Szlavónia bánja, Róbert Károly részéről.

1301–1303. VI. ISTVÁN (STJEPAN), szlavón bán. III. Endre király közvetlenül a halála előtt nevezte ki. Halála után Vencel király is megerősítette állásában.

- 1299–1303. NÉMETÚJVÁRI HENRIK, szlavón bán, Róbert Károly részéről.
- 1301–1311. III. PÁL (PAVAO) brebiri gróf, Róbert Károly részéről, örökös dalmát és horvát bán.
- 1304-ben KOPASZ és TIVADAR bánok (Premysl) Vencel királyunk részéről.
- 1306–1310. NÉMETÚJVÁRI HENRIK, Szlavónia hercege Róbert Károly részéről.
- 1307–1308. II. LÁSZLÓ, a Rátót nemzetségből, egész Szlavónia bánja (Wittelsbach) Ottó király részéről.
- 1310–1313. PELSŐCI BEBEK VII. ISTVÁN (STJEPAN BEBEK), egész Szlavónia bánja, I. (Róbert) Károly király uralkodásának idején.
- 1312–1322. SUBICS MLADEN horvát–dalmát bán I. (Róbert) Károly idején.
- 1313–1316. II. MIKLÓS (NIKOLA), a Buzáth nemzetségből, szlavón bán I. (Róbert) Károly uralkodása alatt.
- 1316–1318. SZENTGYÖRGYI III. JÁNOS szlavón bán I. (Róbert) Károly király uralkodása alatt.
- 1318-ban LENDVAI BÁNFFY IV. JÁNOS, szlavón bán I. (Róbert) Károly uralkodásának idején.
- 1318–1323. BABONEGG VIII. ISTVÁN (STJEPAN BABONIĆ), szlavón bán I. Károly király uralkodása alatt.
- 1318–1323. BABONEGG IV. JÁNOS (IVAN BABONIĆ), szlavón bán I. Károly király idején.
- 1323–1325. ÁMADÉ (OMODE) III. MIKLÓS, veszprémi főispán, egész Szlavónia bánja, I. (Róbert) Károly királyunk uralkodása alatt.
- 1325–1342. PRODANICI MICZK (MYCSK, MIHÁLY vagy MIKLÓS), a Nádasdy grófok őse, szlavón bán, I. (Róbert) Károly király uralma idején.
- 1342–1344. LACZKFFY IV. MIKLÓS (NIKOLA LACKOVIĆ), egész Szlavónia bánja, I. (Anjou, Nagy) Lajos király idején.
- 1344–1355. ISTVÁN magyar királyi herceg, I. (Nagy) Lajos király testvéröccse, aki a Dux Sclavoniae címet viselte. 1350-ben I. (Nagy) Lajos a hercegnek átadta Horvátország, Szlavónia és Dalmácia kormányzását.
- 1345–1349. SZÉCHY V. MIKLÓS, egész Szlavónia bánja, I. (Nagy) Lajos király uralkodása alatt.
- 1349–1350. ILOSVAY LEUSTÁK, szlavón bán.
- 1350-ben UGALI IV. PÁL (PAVAO), horvát–dalmát bán I. (Nagy) Lajos király uralkodása alatt.
- 1350-ben MÁTYÁS (MATIJA), szlavón bán.
- 1351–1352. LACZKFFY APOR IX. ISTVÁN (STJEPAN LACKOVIĆ), egész Szlavónia bánja, I. (Nagy) Lajos király uralkodása alatt.
- 1352–1356. LINDVAI BÁNFFY VI. MIKLÓS, egész Szlavónia bánja I. (Nagy) Lajos király idején.
- 1356–1362. ILOSVAY LEUSTÁK, egész Szlavónia bánja I. (Nagy) Lajos király uralkodása alatt.
- 1357–1358. CSÚZ V. JÁNOS (IVAN), dalmát–horvát bán, I. (Nagy) Lajos uralkodásának idején.
- 1359–1368.(?) ERZSÉBET (ELIZABETA), magyar királyné, I. (Nagy) Lajos anyja, Horvátország hercegnője.

1359–1365. SZÉCHY V. MIKLÓS (NIKOLA), egész Szlavónia bánja másodszor, I. (Nagy) Lajos uralma alatt.

1360–1362. ÁKOS (ÁKUS), Mihály bán fia, aki Ilosvay mellett szlavón bán volt.

1362–1365. ISTVÁN (STJEPAN) zágrábi püspök, Szlavónia helytartója.

1365–1369. SZÉCHY V. MIKLÓS, egész Szlavónia bánja, harmadszor, I. (Nagy) Lajos király uralma alatt.

1365–1367. SZÉCHENYI KÓNNYA MESTER, horvát–dalmát bán, I. (Nagy) Lajos király uralkodásának idején.

1366–1367. LOSONCZY II. TAMÁS, horvát–dalmát bán, I. (Nagy) Lajos király uralkodása alatt.

1367–1368. CSÚZ V. JÁNOS, horvát–dalmát bán, másodszor, I. (Nagy) Lajos király uralmának idején.

1368–1369. PELSŐCZI BEBEK I. IMRE (EMERIK BEBEK), horvát–dalmát bán másodszor, I. (Nagy) Lajos király idején.

1369–1380. ÓNODI ZUDAR PÉTER (PETAR), szlavón bán.

1369–1371. I. SIMON (ŠIMUN) megyeri és királydaróci Móric fia, horvát–dalmát bán, I. (Nagy) Lajos király uralma alatt.

1371–1372. SIMONTORNYAI LACZKFFY IX. ISTVÁN (STJEPAN LACKOVIĆ), horvát és boszniai bán, I. (Nagy) Lajos király idején.

1372–1373. GÖRGEY JAKAB, szepesi gróf, ónodi Zudar Péter mellett szlavón bán.

1373–1379. DURAZZÓI KÁROLY herceg, Horvátország hercege.

1373–1377. ÓNODI ZUDAR II. SIMON, horvát–dalmát bán, I. (Nagy) Lajos király uralma alatt.

1377–1380. SZÉCHY V. MIKLÓS, horvát–dalmát bán negyedszer, I. (Nagy) Lajos király idején.

1380–1382. ERZSÉBET (ELIZABETA) magyar anyakirálynő, Horvátország hercegnője I. (Anjou, Nagy) Lajos király uralma alatt.

1380–1383. PELSŐCI BEBEK I. IMRE (EMERIK BEBEK), másodszor horvát–dalmát bán, I. (Anjou, Nagy) Lajos király és (Anjou) Mária királynő uralkodása alatt.

1381–1384. LINDVAI BÁNFFY ISTVÁN (STJEPAN) és JÁNOS (IVAN), szlavón bánok.

1382–1384. PELSŐCI BEBEK DÖME, bosnyák és horvát bán, Mária királynő uralkodása alatt.

1383–1386. HORVÁTHY VI. JÁNOS (IVAN HORVATI), horvát–dalmát bán, Mária királynő uralmának idején.

1383–1386. SIMONTORNYAI LACZKFFY IX. ISTVÁN (STJEPAN LACKOVIĆ), dalmát és horvát bán, másodszor.

1384–1385. SZENTGYÖRGYI TAMÁS (TEMLIA) gróf, horvát–dalmát bán, Mária királynő uralkodása alatt.

1385–1386. ÓNODI ZUDAR PÉTER, szlavón bán, másodszor.

1385–1387. (?) PALIZSNAY JÁNOS (IVAN OD PALIŽNE), vránai perjel (vranski prior), horvát–dalmát bán, Mária királynő és (Luxemburgi) Zsigmond király uralkodásának idején, Nápolyi László részéről.

1386–1389. LOSONCZY III. LÁSZLÓ (LÖCSEI ULÁSZLÓ), horvát–dalmát bán és szlavón főkapitány, Mária királynő és Zsigmond király uralma alatt, majd szlavón bán.

1387–1389. LOSONCZY III. DIENES (LŐCSI DÉNES), dalmát–horvát bán Mária királynő és Zsigmond király uralkodása alatt.

1389–1391. PELSŐCZI BEBEK DETRE (DITRICH), eleinte csak szlavón, később horvát–dalmát bánis, Mária királynő és Zsigmond király uralma alatt.

1391–1394. FRANGEPÁN VI. JÁNOS (ANTZ HANS, IVAN FRAKOPAN, FRANKAPAN), gróf, horvát–dalmát és szlavón bán, Mária királynő és (Luxemburgi) Zsigmond király uralkodásának idején.

1393–1394. GORDOVAY FÁNCZY VI. LÁSZLÓ, dalmát–horvát és szlavón bán, Mária királynő és Zsigmond király uralma alatt.

1393–1394. BESSENYEY V. PÁL, dalmát–horvát és szlavón bán, Mária királynő és Zsigmond király uralma alatt.

1394–1395. PELSŐCI BEBEK DETRE, szlavón bán, másodszor.

1394–1395. SZÉCHY VI. MIKLÓS, horvát–dalmát bán, Mária királynő és Zsigmond király uralkodásának idején.

1394–1402. GARAY VII. MIKLÓS (NIKOLA GORJANSKI), horvát–dalmát bán, Mária királynő és Zsigmond király uralmának idején.

1394–1408. HERVOJA (HRVOJE VUKČIĆ HRVATINIĆ), Horvátország és Dalmácia hercege.

1400–1402. KARLOVICS-KORBÁVIAI I. KÁROLY (KARLO KARLOVIĆ KRBAVSKI) gróf, dalmát–horvát bán, Zsigmond király uralkodása alatt.

1400–1401. BESSENYEY V. PÁL, horvát–dalmát bán, másodszor, Zsigmond király uralma alatt.

1401–1402. PÉCSY VI. PÁL, dalmát–horvát bán, Zsigmond király uralkodásának idején.

1402–1403. PELSŐCI BEBEK I. IMRE (EMERIK BEBEK), horvát–dalmát bán, harmadszor, Luxemburgi Zsigmond király uralma alatt.

1402–1403. ALBEN ÉBERHARD, zágrábi püspök, horvát–dalmát–szlavón bán, Luxemburgi Zsigmond király uralkodása alatt.

1403-ban GORDOVAY FÁNCZY IV. LÁSZLÓ, másodszor horvát–dalmát–szlavón bán, Zsigmond király uralkodásának idején.

1403–1404. GERGELY FIA X. ISTVÁN, horvát–dalmát- és szlavón bán, Zsigmond király uralkodása alatt.

1404–1406. BESSENYEY (BISEN) V. PÁL, harmadszor horvát–dalmát–szlavón bán, Zsigmond király idején.

1404–1405. PÉCHY VI. PÁL, másodszor horvát–dalmát- és szlavón bán.

1406-ban BESSENYEY (BISEN) VII. JÁNOS, horvát–dalmát bán Zsigmond király uralma alatt.

1406–1407. CILLEY HERMAN (HERMAN CELJSKI) gróf, horvát–dalmát–szlavón bán, Zsigmond király uralkodása alatt.

1408-ban: egyik báni állás sem volt betöltve.

1409–1410. KARLOVICS-KORBÁVIAI I. KÁROLY GRÓF (KARLO KARLOVIĆ, KNEZ KRBAVSKI), másodszor horvát–dalmát bán, Luxemburgi Zsigmond király uralma alatt.

1410–1411. KARLOVICS-KORBÁVIAI VII. PÁL (PAVAO KARLOVIĆ, KNEZ KRBAVSKI), gróf, horvát–dalmát bán, Zsigmond király uralkodásának idején.

1411–1413. MONOSZLAI CSUPOR PÁL, szlavón bán, aki az 1408-tól üresen álló szlavón báni széket töltötte be.

1411–1412. LINDVAI BÁNFFY XI. ISTVÁN, horvát–dalmát bán, Luxemburgi Zsigmond uralkodása alatt.

1412–1413. MEDVEI V. PÉTER, horvát–dalmát bán.

1413–1414. KARLOVICS-KORBÁVIAI I KÁROLY és VII. PÁL GRÓFOK (KARLO i PAVAO KARLOVIĆ, KRBAVSKI KNEZOVI), harmad-, illetve másodízben horvát–dalmát bánok.

1414–1415. MONOSZLAI-CSUPOR VIII. PÁL, horvát bán, Luxemburgi Zsigmond király uralma alatt.

1415–1419. MEDVEI VIII. JÁNOS, horvát–dalmát bán.

1416–1417. SZÁNTAI LACZKFFY DÁVID, szlavón bán, aki az 1413-tól üresen álló szlavón báni széket töltötte be.

1418–1422. MARCZALY DÉNES, szlavón bán.

1419–1425. NAGYMIHÁLYI UNGHY ALBERT, vránai perjel, dalmát–horvát bán, Luxemburgi Zsigmond király uralma alatt.

1423–1435. CILLEI HERMANN GRÓF (HERMAN CELJSKI), szlavón bán.

1425–1431. FRANGEPÁN VIII. MIKLÓS GRÓF (KNEZ NIKOLA FRANKOPAN VIII.), horvát–dalmát bán, Luxemburgi Zsigmond király uralkodása alatt.

1431-ben GARAY IX. MIKLÓS (NIKOLA GORJANSKI) gróf, horvát–dalmát bán, Zsigmond király idején.

1431–1436. FRANGEPÁN IX. JÁNOS és XII. ISTVÁN GRÓFOK (KNEZOVI IVAN i STJEPAN FRANKOPAN), horvát–dalmát bánok, Zsigmond király uralkodásának idején.

1436–1444. THALLÓCZY MATKÓ (NIKOLA TALOVAC), horvát–dalmát bán, Luxemburgi Zsigmond, I. (Habsburg (Albert és I. (Jegellő) Ulászló királyok uralkodása alatt.

1438–1442. THALLÓCZY VI. PÉTER (PETAR TALOVAC), horvát–dalmát bán, I. (Habsburg) Albert és I. (Jegellő) Ulászló királyok uralma alatt.

1442–1444. THALLÓCZY II. FERENC (FRANJO TALOVAC), horvát–dalmát bán, I. (Jagellő) Ulászló király idején.

1445–1455. CILLEY ULRICH GRÓF (ULRICH CELJSKI), horvát–dalmát bán, Hunyadi János kormányzósága és V. (Habsburg) László király uralkodása alatt.

1445–1452. CILLEY FRIGYES (FRIDRIK CELJSKI), szlavón bán.

1445–1449. SZENTGYÖRGYI SZÉKELY X. JÁNOS, horvát–dalmát bán, Hunyadi János kormányzósága alatt.

1447–1448. THALLÓCZY II. FERENC FRANJO TALOVAC), másodszor horvát–dalmát bán Hunyadi János kormányzósága alatt.

1449-ben UJLAKY MIKLÓS (NIKOLA ILOČKI), szlavón bán.

1450-ben BÉLAY KRESZCENSZ, horvát–dalmát bán, Hunyadi János kormányzósága alatt.

1451–1453. HUNYADI V. LÁSZLÓ, horvát–dalmát bán, Hunyadi János kormányzósága alatt.

1454–1455. SZENTGYÖRGYI SZÉKELY II. TAMÁS, vránai perjel, horvát–dalmát bán, V. László király uralkodása alatt.

1455–1457. A báni állás betöltetlen volt.

1457-ben MARCALY JÁNOS, szlavón bán.

1457–1466. UJLAKY MIKLÓS (NIKOLA ILOČKI), másodszor szlavón bán, I. (Hunyadi) Mátyás király uralma alatt.

1457–1465. GEREBENI VITOVEC XI. JÁNOS, horvát–dalmát bán, I. Mátyás király uralkodása alatt.

1458-ban LINDVAI BÁNFFY ISTVÁN, szlavón bán.

1459-ben BODÓ GÁSPÁR, horvát–dalmát bán, I. Mátyás király uralma alatt.

LOSONCZY VI. LÁSZLÓ, horvát–dalmát bán, I. Mátyás király uralkodása alatt.

SZOBI VII. PÉTER, horvát–dalmát bán, I. Mátyás király uralma alatt.

1459–1463. SPERANCICS IX. PÁL (PAVAO ŠPERANČIĆ), horvát–dalmát bán, I. Mátyás király idején.

1460-ban SZAPOLYAI II. IMRE (EMERIK ZAPOLJA), horvát–dalmát bán I. (Corvin) Mátyás király uralkodása alatt.

1460–1461. LOSONCZY VI. LÁSZLÓ, másodszor horvát–dalmát- és szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király uralma alatt.

1462–1463. FRANGEPÁN XIII. ISTVÁN GRÓF (KNEZ STJEPAN FRANKOPAN), horvát–dalmát- és szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király uralkodása alatt.

1463–1464. SZAPOLYAI II. IMRE (NIKOLA ZAPOLJA), másodszor horvát–dalmát- és szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király uralma alatt.

1464–1465. SZOBI VII. PÉTER, másodszor horvát–dalmát bán.

1465–1466. DISZNÓS VII. LÁSZLÓ, horvát–dalmát–szlavón bán.

1466–1468. LAKI THIU XII. JÁNOS, horvát–dalmát–szlavón bán I. Mátyás király alatt.

1468-ban ROZGONYI XIII. JÁNOS, horvát–dalmát–szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király idején.

1468–1470. ERNSZT JÁNOS, pécsi püspök, szlavón bán.

1468–1473. MAGYAR BALÁZS, horvát–dalmát bán I. (Corvin) Mátyás király uralkodása alatt

1473–1475. LITVAI HORVÁTH DEMJÉN, horvát–dalmát bán, I. Mátyás király idején.

1472–1473. UJLAKI MIKLÓS (NIKOLA ILOČKI), harmadszor szlavón bán.

1472–1476. ERNSZT XIV. JÁNOS, pécsi püspök, horvát–dalmát–szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király uralkodása alatt.

1476-ban LINDVAI BÁNFFY I. ENDRE (I. ANDRÁS, ANDRIJA), horvát–dalmát–szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király idején.

1476-ban BESZTERCEI CSÚZY XV. JÁNOS (IVAN BISTRIČKI), horvát–dalmát–szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király idején.

1476–1482. EGERVÁRY VIII. LÁSZLÓ, horvát–dalmát–szlavón bán, I. (Corvin) Mátyás király idején.

1477–1479. LAKI THUZ XII. JÁNOS, másodszor horvát–dalmát–szlavón bán.

1479–1483. LINDVAI BÁNFFY I. ENDRE (ANDRÁS, ANDRIJA), másodszor horvát–dalmát–szlavón bán.

1483–1484. MAGYAR BALÁZS, szlavón bán.

1483–1489. VINGÁRTHI GERÉB II. MÁTYÁS, horvát–dalmát bán, I. (Corvin) Mátyás idején.

1489–1492. EGERVÁRY VIII. LÁSZLÓ, másodszor horvát–dalmát bán, I. (Corvin) Mátyás és II. (Jagelló) Ulászló királyok uralkodása alatt

1490–1492. CORVIN XVI. JÁNOS (IVANIŠ KORVIN), lipitói és oppelni herceg, Zengg ura, horvát–dalmát bán, II. (Jagelló) Ulászló király uralma alatt.

1492–1493. DERENCSENYI III. IMRE (EMERIK DERENČIN), horvát–dalmát–szlavón bán, II. Ulászló király uralkodása alatt.

1492–1493. BAJNAI BOTH XVII. JÁNOS, horvát–dalmát–szlavón bán, II. Ulászló király uralkodása alatt.

1493–1494. KANIZSAY IX. LÁSZLÓ, horvát–dalmát–szlavón bán, II. (Jagelló) Ulászló király uralma alatt.

1493–1494. ERNSZT ZSIGMOND, pécsi püspök, dalmát–horvát- és szlavón bán, II. Ulászló király idején.

1494–1495. CORVIN XVI. JÁNOS, lipitói és oppelni herceg. Zengg ura, másodszor horvát–dalmát–szlavón bán, II. Ulászló király uralkodása alatt.

1495–1496. ERNSZT (ERNUSZT HAMPÓ) ZSIGMOND, pécsi püspök, másodszor dalmát–horvát–szlavón bán.

1497–1499. KANIZSAY II. GYÖRGY, horvát–dalmát–szlavón bán, II. (Jagelló) Ulászló király uralma idején.

1499–1504. CORVIN XVI. JÁNOS herceg, harmadszor horvát–dalmát–szlavón bán.

1504–1505. BALASSA III. FERENC, horvát–dalmát–szlavón bán, II. Ulászló király uralkodása alatt. Azonban a báni hatalmat ténylegesen soha nem gyakorolta.

1504–1507. BAJNAI BOTH II. ENDRE (II. ANDRÁS), horvát–dalmát–szlavón bán.

1505–1507. MISZLENOVICS MÁRK és HORVÁTH II. MÁRK (MARKO MIŠLJENOVIC i MARKO HORVAT), horvát–dalmát–szlavón bánok, II. Ulászló király idején.

1507–1510. KANIZSAY II. GYÖRGY, másodszor horvát–dalmát bán.

1508–1510. ERNSZT (ERNUSZT-HAMPÓ) XVIII. JÁNOS, horvát–dalmát és szlavón bán, II. Ulászló király uralkodása alatt.

1511–1513. PERÉNYI IV. IMRE, nádor, egyszersmind horvát–dalmát és szlavón bán, II. (Jagelló) Ulászló király uralma alatt.

1512–1520. BERISZLÓ VIII. PÉTER (PETAR BERISLAVIC), veszprémi püspök, vránai perjel, horvát–dalmát- és szlavón bán, II. (Jagelló) Ulászló és II. (Jagelló) Lajos királyok uralkodása alatt.

1515-ben NAGYKEMLEKI ALAPY BOLDIZSÁR (BOŽIDAR ALAPIĆ), tótországi (szlavón) al-bán (vicebanus).

1520–1524. KARLOVICS-KORBÁVIAI XIX. JÁNOS GRÓF (KRBAVSKI KNEZ IVAN KARLOVIC), horvát–dalmát és szlavón bán, II. Lajos király uralkodása alatt.

1524–1533. BATTHYÁNY IV. FERENC, horvát–dalmát és szlavón bán, II. Lajos és I. (Habsburg) Ferdinánd királyok uralkodása alatt.

1527–1528. FRANGEPÁN KRISTÓF GRÓF (KNEZ KRSTO FRANKOPAN), horvát-szlavón–dalmát bán, I. (Szapolyai) János király részéről.

1527–1531. KARLOVICS-KORBÁVIAI XIX. JÁNOS GRÓF (KRBAVSKI KNEZ IVAN KARLOVIĆ), horvát-szlavón–dalmát bán másodszor, I. (Habsburg) Ferdinánd király uralkodása alatt.

1528–1529. LINDVAI BÁNFFY XX. JÁNOS, horvát-szlavón–dalmát bán, I. (Szapolyai) János király részéről.

1530–1533. MONYORÓKERÉKI ERDŐDY II. SIMON, horvát-szlavón–dalmát bán, I. János király részéről.

1533–1537. A báni széket senki sem töltötte be.

1537–1542. BUZINI KEGLEVICH IX. PÉTER (PETAR KEGLEVIĆ), horvát-szlavón–dalmát bán, I. Ferdinánd király uralkodása alatt.

1537–1540. NÁDASDY III. TAMÁS, horvát-szlavón–dalmát bán, I. Ferdinánd király uralma alatt.

1542–1556. ZERINVÁRI ZRÍNYI X. MIKLÓS (NIKOLA ŠUBIĆ ZRINJSKI), horvát-szlavón–dalmát bán, I. Ferdinánd király uralkodása alatt.

1557–1566. MONYORÓKERÉKI ERDŐDY X. PÉTER, horvát-szlavón–dalmát bán, I. Ferdinánd és I. Miksa király uralkodása alatt.

1566–1572. FRANGEPÁN V. FERENC GRÓF (KNEZ FRANJO FRANKOPAN), horvát-szlavón–dalmát bán, I. Miksa király uralkodása alatt.

1567–1578. DRASKOVICH III. GYÖRGY (JURAJ DRAŠKOVIĆ), zágrábi püspök, horvát-szlavón–dalmát bán, I. Miksa és I. Rudolf királyok uralkodása alatt.

1573–1577. NAGYKEMLEKI ALAPY II. GÁSPÁR (GAŠPAR ALAPIĆ), horvát-szlavón–dalmát bán, I. Miksa és I. Rudolf királyok uralma alatt.

1578–1584. UNGNÁD KERESZTÉLY (II. KRISTÓF) BÁRÓ, horvát-szlavón–dalmát bán, I. Rudolf király uralkodása alatt.

1584–1595. MONYORÓKERÉKI ERDŐDY IV. TAMÁS, horvát-szlavón–dalmát bán, I. Rudolf király uralmának idején.

1595–1608. SZTANKOVACSKI IV. GYÖRGY (JURAJ STANKOVAČKI), zágrábi püspök, horvát-szlavón–dalmát bán, I. Rudolf király uralkodása alatt.

1596–1605. DRASKOVICH XXI. JÁNOS (IVAN DRAŠKOVIĆ), horvát-szlavón–dalmát bán, I. Rudolf király uralkodása alatt).

1608–1615. MONYORÓKERÉKI ERDŐDY IV. TAMÁS, másodszor horvát-szlavón–dalmát bán, II. Mátyás király idején.

1615–1616. THURÓCZI II. BENEDEK, horvát-szlavón–dalmát bán, II. Mátyás király uralkodása alatt.

1616–1622. FRANGEPÁN XI. MIKLÓS GRÓF (KNEZ NIKOLA FRANKOPAN), horvát-szlavón–dalmát bán, II. Mátyás és II. Ferdinánd királyok uralkodása alatt.

1622–1626. ZERINVÁRI ZRÍNYI V. GYÖRGY (JURAJ ZRINJSKI), horvát-szlavón–dalmát bán, II. Ferdinánd király uralkodása alatt.

1627–1639. MONYORÓKERÉKI ERDŐDY II. ZSIGMOND GRÓF, horvát-szlavón–dalmát bán, II. és III. Ferdinánd Királyok uralma alatt.

1640–1646. DRASKOVICH XXII. JÁNOS GRÓF (IVAN DRAŠKOVIĆ), horvát-szlavón–dalmát bán, III. Ferdinánd király uralkodása alatt.

1647–1664. ZERINVÁRI ZRÍNYI MIKLÓS GRÓF (NIKOLA ZRINJSKI), a költő, horvát-szlavón–dalmát bán, III. és IV. Ferdinánd s I. Lipót királyok uralma alatt.

1665–1670. ZERINVÁRI ZRÍNYI XI. PÉTER GRÓF (PETAR ZRINJSKI), horvát–szlavón–dalmát bán, I. Lipót király alatt.

1670–1673. A báni szék betöltetlen volt.

1673–1681. MONYORÓKEREKEI ERDŐDY XIII. MIKLÓS GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Lipót király uralkodása alatt.

1681–1693. A báni szék betöltetlen volt.

1693–1703. BATTHYÁNY ÁDÁM GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Lipót király uralma alatt.

1704–1732. PÁLFFY XXIII. JÁNOS GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Lipót, I. József és III. Károly királyok uralkodása alatt.

1732–1733. DRASKOVICH XXIV. JÁNOS GRÓF (IVAN DRAŠKOVIĆ), horvát–szlavón–dalmát bán, III. Károly

1733–1741. GALÁNTAI ESTERHÁZY I. JÓZSEF GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, III. Károly király és Mária Terézia királynő uralkodása alatt.

1742–1756. BATTHYÁNY II. KÁROLY GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, Mária Terézia királynő uralkodása alatt.

1756–1783. NÁDASDY VI. FERENC GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, Mária Terézia királynő és II. József király uralma alatt.

1783–1785. GALÁNTAI ESTERHÁZY VII. FERENC GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, II. József idejében.

1785–1790. BALASSA VIII. FERENC GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, II. József király uralkodása alatt.

1790–1806. MONYORÓKEREKEI ERDŐDY XXV. JÁNOS GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, II. Lipót és I. Ferenc királyok idejében.

1806–1831. GYULAY IGNÁC GRÓF, a főhaditanács elnöke, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc király uralkodása alatt.

1832–1840. WLASSICH (WLASSITS) IX. FERENC, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc és V. Ferdinánd királyok idején.

1840–1842. A báni szék betöltetlen volt.

1842–1845. HALLER X. FERENC GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, V. Ferdinánd uralkodása alatt.

1845–1848. A báni állás betöltetlen volt. Báni helytartó: VÁRALJAI HAULIK GYÖRGY, zágrábi püspök.

1848–1859. JELLASICH II. JÓZSEF BÁRÓ (BARUN JOSIP JELAČIĆ BUŽIMSKI), horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király idejében.

1858–1859. (Jellasic báró betegsége miatt) báni helytartó: SOKCSEVICS JÓZSEF BÁRÓ (BARUN JOSIP ŠOKČEVIĆ).

1859–1860. CORONINI-KRONBERG XXVI. JÁNOS (IVAN) GRÓF, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király uralkodása alatt.

1860–1867. SOKCSEVICS JÓZSEF (JOSIP ŠOKČEVIĆ), horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király idejében.

1867–1871. RAUCH LEVIN BÁRÓ, előbb báni helytartó, majd horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király uralkodása alatt.

1871–1872. BEDEKOVICH KÁLMÁN (KOLOMAN BEDEKOVIĆ), horvát–szlavón–dalmát bán I. Ferenc József király uralma alatt.

1872-ben a báni szék betöltetlen volt. Báni helytartó: VAKANOVICS ANTAL (ANTUN VAKANOVIĆ).

1872–1880. MAZSURANICS II. JÁNOS (IVAN MAŽURANIĆ), horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király idejében.

1880–1883. PEJACSEVICS X. LÁSZLÓ GRÓF (GROF LADISLAV PEJAČEVIĆ), horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király uralkodása alatt.

1883 augusztusától decemberig RAMBERG HERMANN BÁRÓ, horvát–szlavón–dalmát bán I. Ferenc József király idejében.

1883–1903. KHUEN-HÉDERVÁRY III. KÁROLY (DRAGUTIN) gróf, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király uralkodása alatt.

1903–1907. PEJACSEVICS TIVADAR GRÓF (TIVADAR PEJAČEVIĆ), horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király idejében.

1907-ben RAKODCZAY SÁNDOR, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király uralma alatt.

1908–1910. RAUCH X. PÁL báró, horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király idejében.

1910–1912. TOMASICH XIV. MIKLÓS (NIKOLA TOMAŠIĆ), horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József király uralkodása alatt.

1912–1913. CUVAJ EDE (SLAVKO CUVAJ) január 19-től március 31-ig horvát–szlavón–dalmát bán, attól kezdve pedig királyi biztos (homo regius) I. Ferenc József király uralma alatt.

1913–1917. SKERLECZ III. IVÁN BÁRÓ (BARUN IVAN ŠKERLEC), november 27-ig királyi biztos, azután horvát–szlavón–dalmát bán, I. Ferenc József és IV. Károly királyok uralkodása alatt.

1917–1918. MIHALOVICS II. ANTAL (ANTUN MIHALOVIĆ), a közös allambeli utolsó horvát–szlavón–dalmát bán, IV. Károly király idejében.

Felhasznált irodalom

- BARADA M.: *Dinastičko pitanje u Hrvatskoj XI. stoljeća*, VAHD, 50, 1928–1929.
- BEUC I.: *Povijest država i prava na području SFRJ*, Universitas Studiorum Zagabiensis, Zágráb, 1989.
- BÍBORBANSZÜLETETT KONSTANTIN (Constantine Porphyrogenetus): *De administrando imperio* (A birodalom kormányzásáról) Moravcsik Gyula fordítása, Budapest, 1950.
- DEGRÉ A.: *Magyar alkotmány- és jogtörténet*, Pécs, 1951.
- ECKHART F.: *Magyar alkotmányfejlődés*, Budapest, 1931.
- ECKHART F.–BÓNIS GY.: *Magyar alkotmány- és jogtörténet*, Budapest, 1956.
- FERDINANDY G.: *Magyarország közjoga (Alkotmányjog)*, Budapest, 1902.
- FERDINANDY G.: *A magyar alkotmány történelmi fejlődése*, Budapest, 1906.
- KUKORELLI I. (szerk.): *Alkotmánytan*, Budapest, 1994.
- GOSZTONY M.: *Horvát–Szlavon és Dalmátországek autonóm alkotmánya*, Budapest, 1892.
- GRAFENAUER B.: *Nekaj vprašanj iz doba naseljavanja južnih Slovanov*, Zgodovinski časopis, Ljubljana, IV. 1950.
- GYÖRFFY GY.: *Tanulmányok a magyar állam eredetéről*, Budapest, 1959.
- HAUPTMANN LJ.: *Hrvatsko praplemstvo*, Rasprave, Slovén Tud. és Műv. Akadémia, Ljubljana, I. köt., 1950.
- HEKA L.: *Horvát alkotmány- és jogtörténet I. rész (1848-ig)*, JATE Press, Szeged, 2000.
- HEKA L.: *Doseljenje Hrvata u domovinu i ustava Hrvatske države*, Godišnjak Hrvatskog glasnika 1997. 12–21. p., Čakovec (Csáktornya)
- HEKA L.: *Adalékok Horvátország 1526 előtti alkotmánytörténetéhez*, Acta Universitatis Szegediensis De Attila József Nominatae, Acta Jur. et Pol., Tom. LII., Fasc. 4, Szeged, 1997.
- HEKA L.: *Az 1868. évi horvát–magyar kiegyezés a sajtó tükrében*, Acta Juridica et Politica, Tomus LIV, Fasc. 9., Szeged, 1988.
- HEKA L.: *Horvátország alkotmányos és választási rendszere*, Jogtudományi Közöny, 1995. 11–12. sz, 542–547.
- HEKA L.: *A horvát–magyar kiegyezésről. Az 1868:I. ill. 1868:XXX. t.c. elemzése*, Jogtudományi Közöny, 1997. 3. sz, 131–141.
- HEKA L.: *Uloga i značenje hrvatskoga bana u državopravnoj povijesti Hrvatske*, Hrvatske novine, Eisenstadt, 1997. 41–45. sz.
- HÓMAN B.–SZEKFÜ GY.: *Magyar történet I.*, Budapest 1934.
- JÁSZI V.: *Tanulmányok a magyar–horvát közjogi viszony köréből*, Budapest, 1897.
- B. JESZENSZKY B.: *A társországek közjogi viszonya a Magyar államhoz*, Budapest, 1889.
- KLAJČ N.: *Povijest Hrvata u ranom srednjem vijeku*, Manualia Universitatis Studiorum Zagabiensis, Zágráb, 1975.
- KOSTRENCIĆ M.: *Nacrt historije Hrvatske države i hrvatskog prava*, Zágráb, 1956.
- KRISTÓ GY.: *A XI. századi hercegség története Magyarországon*, Budapest, 1974.
- KRISTÓ GY.: *A feudális széttagolódás Magyarországon*, Budapest, 1979.
- KRISTÓ GY.: *Tanulmányok az Árpád-korról*, Budapest, 1983.
- KRISTÓ GY.: (szerk.): *Korai magyar történeti lexikon*, Budapest, 1994.

- Magyar alkotmánytörténet (ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, Magyar Állam- és Jegtörténeti Tanszék szerzői munkaközössége), Budapest, 1995.
- MARGALITS E.: *Horvát történelmi repertorium I–II. köt.*, Budapest, 1900–1902.
- PALUGYAI I.: *A kapcsolt részek történelmi és jogviszonya Magyarországhoz*, Pozsony, 1863.
- RAČKI F.: *Nutarnje stanje Hrvatske prije XII. stoljeća*, Rad, Zágráb, LXX. köt., 1884., 153–191. p.
- RAČKI F.: *Nutarnje stanje Hrvatske prije XII. stoljeća. Crkva hrvatska*, Rad, Zágráb, LXXIX., 1886., 135–185. p.
- RAČKI F.: *Nutarnje stanje Hrvatske prije XII. stoljeća. Vrhovna državna vlast. Odnosaj medju Crkvom i državom*, Rad, Zágráb, LXXXI. köt., 1888., 125–180. p.
- RUSZOLY J.: *Alkotmány és hagyomány, Újabb jog- és alkotmánytörténeti tanulmányok*, Szeged, 1997.
- ŠIŠIĆ F.: *Priručnik izvora hrvatske historije. I. Čest 1.*, Zágráb, 1914.
- ŠIŠIĆ F.: *Kralj Koloman i Hrvati*, Zágráb, 1907.
- ŠIŠIĆ F.: *Pregled povijesti hrvatskoga naroda*, Zágráb, 1975.

LÁSZLÓ HEKA

THE CROATIAN BANUS IN THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL HISTORY

(Summary)

In this essay the author writes about the most important Croatian majesties, the banuses and their part through the Hungarian constitutional life. The Croatian banus was an army-leader, a public administrator, administrator of justice and all of above he was the most powerful majesty of Croatia. In the beginning he took control of three country (Lika, Korbavia, Gács), but later he took the lead of all country. In the 10th century the banus got the Vicerex (viceroy) title. In the 11th century Zvonimir became king and remaining the only banus who achieved this title.

When the Croatian-Hungarian state federation came into existence in 1102, the Hungarian kings kept the banus title. From this time the banus was the regent of the king in Croatia. Then he controlled Slovenia and Dalmatia. The XXX. Act of 1868 covered briefly the banus authority: he was the prime minister of the self governed Croatia. After 1848 the banuses' power weakened. After the fall of the Monarchy the life of the banus title was quiet short, then in 1939 it had been created again. The second World War meant the end of the title.

The author focuses on different aspects of the banuses historical role and the importance of the banus in the Croatian and Hungarian constitutional life as well. In the end the author gives an extensive list of the banuses from 1102 till the end of the Monarchy. Through these centuries Hungarian-Croatian history the banus was one of the most important majesty after the Palatinus and the Judge of the Country as the Tripartitum said.

Az emberkereskedelemre vonatkozó magyar büntetőjogi szabályozás

A tanulmány – egy tágabb kutatás részeként¹ – az emberkereskedelemre vonatkozó hazai anyagi büntetőjogi szabályozás elemzését nyújtja. Csak az ehhez szükséges mértékben utal a vonatkozó nemzetközi instrumentumokra,² amelyek teljes körű feldolgozása – a külföldi tényállásokéhoz hasonlóan – külön tanulmányt igényelne. Jelen munka a vonatkozó hatályos jog mellett bemutatja az emberkereskedelem szabályozásának történeti előzményeit is, a visszatekintést az 1978:IV. törvény (továbbiakban: Btk.) hatálybalépésétől kezdődő időszakra korlátozva. A tanulmány a vizsgált kérdéseket főként *de lege lata* szempontból elemzi, azonban néhol javaslatokat tartalmaz a hatályos szabályozás kisebb korrekciójára.³

I. A szabályozás története

A Btk. eredeti (1978. évi) szövege nem tartalmazott semmiféle, az emberkereskedelemmel kifejezetten összefüggésbe hozható büntető rendelkezést. Ezen a helyzeten a büntető jogszabályok módosításáról szóló 1995:XLI. törvény változtatott, amely a családi állás megváltoztatásának (Btk. 193. §), illetve a kiskorú veszélyeztetésének (195. §) bünteténél az emberkereskedelemmel kapcsolatos rendelkezéseket iktatott be.⁴

¹ A nemzetközi nő és gyermekkereskedelem a Nemzetközi Büntetőjogi Társaság [*International Association of Penal Law (IAPL)*] (továbbiakban: Társaság) következő – 2004. szeptemberében Kinában megrendezésre kerülő – XVII. kongresszusán kerekasztal megbeszélés témaként szerepel. A Társaság Fiatal Büntetőjogász Szekciója (*IAPL's Young Penalist Section*) – 2001. április 14–20. között a Szicíliai Noto-ban “A nemzetközi büntetőjog jelenkori problémái” (*Contemporary Problems of International Criminal Law*) címmel megrendezésre kerülő – Első Nemzetközi Kongresszusának harmadik munkacsoportja ugyanezt a témát fogja megvitatni. A szerző a munkacsoportot vezető bizottság (*Bureau*) tagja. A Fiatal Büntetőjogászok a Társaságon belüli együttműködésének nemzetközi intézményesüléséről ld. LIGETI 2000, a magyar nemzeti csoporton belüli szervezeti kereteinek kialakulásáról (a Fiatal Büntetőjogászok Fórumának létrehozásáról) és első hazai tudományos tanácskozásáról ld. HOLLÁN 2000.

² Az emberkereskedelem nemzetközi tilalmazásáról ld. pl. FEHÉR 1994: 19. p.; LENKOVICS 1998: 40.

³ Az emberkereskedelem témakörének *de lege ferenda* szempontú feldolgozása természetesen csak a lényegesebb nemzetközi egyezmények és külföldi szabályozási minták alapos elemzése után lehetséges.

⁴ A Btk. 175/B. § megalkotásának előzményeként hivatkozik ezekre a rendelkezésekre KISS 1999d: 475.

A családi állás megváltoztatásánál a fenti módosító törvény 8. §-a többek között minősítő körülményként szabályozta és öt évig terjedő szabadságvesztéssel rendelte büntetni, ha a bűncselekményt *“tizennyolcadik életévét be nem töltött személy eladásával vagy megvásárlásával követik el”* [Btk. 193. § (2) bek.].⁵ Még súlyosabb minősülést eredményezett és öt évtől tíz évig terjedő szabadságvesztéssel fenyegette azokat AZ elkövetőket, akik a Btk. 193. § (2) bekezdés szerinti cselekményt *“emberkereskedelemmel foglalkozó szervezet keretében követik el”* [Btk. 193. § (4) bek. b) pont].⁶ A módosító törvény 8. §-ához fűzött miniszteri indokolás szerint a *Gyermek jogairól* szóló, New Yorkban, 1989. november 20-án kelt Egyezmény (továbbiakban: GyJE) (kihirdette az 1991. LXIV. törvény)⁷ *“35. Cikke tiltja a gyermekek elrablását, eladását, illetve a gyermek-kereskedelmet. E magatartások elkövetői a Btk. hatályos szabályai szerint is büntethetők kényszerítés, személyi szabadság megsértése, bizonyos feltételek mellett emberrablás, zsarolás, kiskorú veszélyeztetése, családi [...] állás megváltoztatása, valamint nemi erkölcs elleni bűncselekmények miatt. [...] A hathatósabb büntetőjogi védelem érdekében azonban a Javaslat a Btk. 193. §-a szerinti családi állás megváltoztatása bűncselekményét súlyosabban rendeli büntetni, ha azt tizennyolcadik életévét be nem töltött személy adásvételével követik el. [...] A gyermek eladásával vagy megvásárlásával elkövetett családi állás megváltoztatásánál további súlyosabb büntethetőséget eredményez [...], ha a cselekményt [...] emberkereskedelemmel foglalkozó szervezet keretében valósítják meg.”* (Kiemelések – H. M.)

A GyJE 35. Cikkének szövege a következő: *“Az Egyezményben részes államok hazai, kétoldalú és többoldalú sikon meghoznak minden alkalmas intézkedést arra, hogy megakadályozzák a gyermekek bármilyen formában történő elrablását, eladását vagy a velük való kereskedelmet.”* Látható, hogy az egyezmény hivatkozott cikke *nem tilalmazza* a gyermekkereskedelmet, hanem abban az államok arra vállalnak kötelezettséget, hogy intézkedéseket tesznek annak leküzdésére. Ezek körébe természetesen beletartozhat, olyan büntetőtörvények megalkotása, amelyek a gyermekkereskedelmet (mint olyat) büntetni rendelik, vagy más deliktumok minősítő körülményként érékesítik, de a GyJE fenti rendelkezése korántsem kötelezi erre az államokat.

A módosító törvény 9. §-a a kiskorú veszélyeztetésénél egy olyan rendelkezést iktatott be a Büntető Törvénykönyvbe, amely szerint *“Két évtől nyolc évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő az a nagykorú személy, aki adásvétel útján hozzá került kiskorút bűncselekmény elkövetésére vagy züllött életmód folytatására rábír, vagy rábírní törekszik, továbbá az a nagykorú személy, aki az adásvétel útján hozzá került kiskorúval kényszermunkát végeztet.”* [Btk. 195. § (3) bek.].⁸ A rendelkezést – az 1995. XLI. törvény 9. §-ához fűzött miniszteri indokolás szerint – *“az emberkereskedelem áldozatává vált kiskorú fokozott kiszolgáltatottságára tekintettel”* iktatták be.

A Büntető Törvénykönyv módosításáról szóló 1997. LXXIII. törvény 19. §-a egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztésre változtatta a Btk. 193. §-ának (2) bekezdésében meghatározott büntetési tételt. Ez része volt annak a több más bűncselekményt is

⁵ Hatályos: 1995. IX. 1.–1997. IX. 14.

⁶ Hatályos: 1995. IX. 1.–1999. II. 28.

⁷ Az Egyezmény a Magyar Köztársaságra nézve 1991. október 7-én lépett hatályba.

⁸ Hatályos: 1995. IX. 1.–1999. II. 28.

érintő változásnak, amelynek célja az volt, hogy az egyes bűncselekmények büntetési tételeinek számos módosítás által megbontott egyensúlyát helyreállítsa.⁹

Az 1997:LXXIII törvény – a szervezett bűnözés elleni anyagi jogi fellépés keretében – számos bűncselekménynél minősítő körülményként iktatta be “a bűnszervezet tagjaként”, illetve a “bűnszervezet tagjaként vagy megbízásából” történő elkövetést [pl. rablás Btk. 321. § (4) bek. c) pont, illetve embercsempészés Btk. 218. § (3) bek.].¹⁰ Ezek a minősítő körülmények váltották fel azokat a Btk.-ban elszórtan szereplő és eltérő terminológiájú rendelkezéseket, amelyek fokozottabban rendelték büntetni, ha a bűncselekményt olyan szerveződések keretében követték el, amelyek célja (tevékenységi köre) az adott deliktum elkövetésére korlátozódott.¹¹ Ezzel szemben az 1997:LXXIII. törvény hatálybalépése után is változatlanul fennmaradt a családi állás megváltoztatásának azon minősített esete, amely az “emberkereskedelemmel foglalkozó szerveződések keretében” megvalósított cselekményeket fokozottabban szankcionálja. Ennek oka nézetünk szerint az, hogy a bűnszervezet fogalma – az akkor hatályos definíció¹² szerint – sem volt alkalmas arra, hogy lefedjen olyan szerveződések, amelyek célja (tevékenységi köre) kriminális szankcióval nem fenyegetett magatartás, mint pl. az emberkereskedelem.

A büntető jogszabályok módosításáról szóló 1998:LXXXVII. törvény 43. §-a iktatta be a magyar büntetőjogba az emberkereskedelem tényállását (Btk. 175/B. §) a Btk. XII. fejezet (“A személy elleni bűncselekmények”) III. címébe (“A szabadság és az emberi méltóság elleni bűncselekmények”). Ugyanez a törvény 42. §-a újra szabályozta a személyi szabadság megsértésének büntetét, és ennek keretében az emberkereskedelemre kifejezett hivatkozást tartalmazó alakzatot [Btk. (1999. III. 1-) 175. § (2) bek.] (és ahhoz is kapcsolódó minősített eseteket [(3) bek. második tétel]) épített be annak tényállásába. Az emberkereskedelem tényállásának beiktatásával egy időben más bűncselekmények szabályozásának módosítására is sor került, mivel ahogy a 1998:LXXXVII. törvény 49-50. §-ához fűzött miniszteri indokolás megállapítja “A törvény az emberkereskedelem [büntetvének] megalkotásával szükségtelenné tette mindazokat a rendelkezéseket, amelyek más tényállásokban ezen elkövetési magatartásokra vonatkoztak.” Az 1998: LXXXVII. törvény 49. §-a újból megállapította a családi

⁹ Az 1997:LXXIII törvény 11–14., 18–20., 33., 36., 40–41., 47. 53. §-aihoz fűzött miniszteri indokolás szerint “A személy elleni bűncselekményeknél sokszor hiányzik az alsó határ meghatározása, míg a vagyon elleni bűncselekményeknél ez egy év. Ezt az ellentmondást a törvény úgy oldja fel, hogy ahol az arányosítás megkívánja, egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztés kiszabását rendeli.” Megjegyezzük, hogy meglehetősen furcsa, hogy a módosító jogszabály általános indoklásában – feltehetően figyelmetlenségből – a családi állás megváltoztatása és a kiskorú veszélyeztetése az élet elleni, illetve közlekedési bűncselekmények között szerepel.

¹⁰ Mielőtt a rendelkezést az 1997:LXXIII tv 29. §-a módosította volna az alapeseti tényállás tartalmazta az “ilyen cselekményeket elősegítő szervezet tagjaként vagy megbízásából” elemet, amelyben az “ilyen” kifejezés a tiltott határátlépésre (217. §) utalt.

¹¹ Ilyen volt pl. a “kábitószernak a hatósági előírások megszegésével való természetzésével, előállításával, megszerzésével, forgalomba hozatalával vagy kereskedelmével foglalkozó szervezet keretében” [Btk. 282. § (3) bek. b) pont, (hatályos: 1993. V. 15. – 1997. IX. 14.)], vagy a “pénzmosással foglalkozó szervezet keretében” [Btk. 303. § (3) bek. a) pont II. f., (hatályos: 1994. V. 15. – 1997. IX. 14.)] minősítő körülménye. A módosított szabályozásra ld. Btk. 282. § (3) bek. b) pont (hatályos: 1997. IX. 15 – 1999. II. 28.), 303. § (3) bek. a) pont II. f. (hatályos: 1997. IX. 15 –tól). A bűnszervezet tagjaként való elkövetés minősítő körülményének beiktatására ld. Tóth 1997: 512.

¹² Ez úgy szólt, hogy “bűnszervezet: bűncselekmények folyamatos elkövetésére létrejött olyan – munkamegosztáson alapuló – bűnszövetség, amelynek célja a rendszeres haszonszerzés”. (Btk. 137. § 7. pont) Hatályos: 1997. IX. 15–1999. II. 28.

állás megváltoztatásának tényállását (Btk. 193. §), kihagyva abból minden emberkereskedelem körébe tartozó elemet.¹³ Ugyanezen törvény 50. §-a hasonlóképpen módosította a kiskorú veszélyeztetésének 195. § (3) bekezdésébe foglalt esetét.¹⁴

II. A hatályos szabályozás

A. A tényállás megalkotásának indokai a miniszteri indokolás szerint

A következőkben sorra vesszük azokat az érveket, amelyek – legalábbis a miniszteri indokolás szerint – a tényállás megalkotását indokolták.

1. A nemzetközi dokumentumok

a) Az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata

Az 1998: LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 1. pontja hivatkozik az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának (továbbiakban: EJENY)¹⁵ 1. cikkére. Ennek első mondata szerint *„Minden emberi lény szabadon születik és egyenlő méltósága és joga van.”*¹⁶ Számunkra furcsa, hogy a miniszteri indokolás nem hivatkozik olyan későbbi, kifejezetten¹⁷ kötelező erejű instrumentumokra, amelyek témánk vonatkozásában jobban hasznosítható (konkrétabb) rendelkezéseket tartalmaznak.¹⁸ Ezek közül kiemelést érdemel az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény (továbbiakban: EJEE) (kihirdette: 1993: XXXI. törvény),¹⁹ különösen annak 4. Cikk (*„Rabszolgaság és kényszermunka tilalma”*) 1. bekezdése, amely szerint: *„Senkit sem lehet rabszolgaságban vagy szolgaságban tartani”*, illetve a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya (továbbiakban: PPJNE)²⁰ (kihirdette: 1976: 8. törvényerejű rendelet)²¹

¹³ Az 1998: LXXXVII. törvény 49–50. §-aihoz fűzött indokolás 1. pontja szerint *„A családi állás megváltoztatása bűncselekményén belüli – a tényállás egészében jelenleg is idegenül ható – egyes elkövetési magatartások szabályozására a jövőben már nincs szükség.”* E rendelkezés korábbi szövegében az emberkereskedelemmel összefüggésbe hozható elem – nézetünk szerint – nem elkövetési magatartás, hanem elkövetési mód volt.

¹⁴ Az 1998: LXXXVII. törvény 49–50. §-aihoz fűzött indokolás 2. pontja szerint *„A kiskorú veszélyeztetése bűncselekmény tényállásán belül [...] szükségtelenné vált az olyan elkövetési magatartások szerepeltetése, amelyek az emberkereskedelem tényállásával önálló fenyegetettség alá kerültek.”* E rendelkezés korábbi szövegében az emberkereskedelemmel összefüggésbe hozható elem – nézetünk szerint – nem elkövetési magatartás, hanem a passzív alany jellemzője volt.

¹⁵ Helytelenül *„egyetemesleges”* nyilatkozatnak titulálja a CD-Jogtár Btk. kommentár (2000: 175. § 1. pont).

¹⁶ Fordítás: MAVI 1993: 1.

¹⁷ Az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata az ENSZ Közgyűlési határozataként elvileg nem kötelező erejű, de ennek ellenére szokásjogilag elismert szabályokat jelent. (NAGY K. 1999: 318.)

¹⁸ NAGY Károly is jelzi, hogy *„a Nyilatkozatban felsorolt jogok később számos univerzális és regionális egyezményben részletes szabályozást kaptak.”* (1999: 318.)

¹⁹ A Magyar Köztársaság megerősítéséről szóló okiratának letétbe helyezése az Európa Tanács főtítkáránál 1992. november 5-én megtörtént.

²⁰ Elfogadva az Egyesült Nemzetek Közgyűlése XXI. ülészakán, 1966. december 16-án.

²¹ A Magyar Népköztársaság Elnöki Tanácsa megerősítő okiratának letétbe helyezése az Egyesült Nemzetek Főtítkáránál 1974. január 17-én megtörtént. Az Egyezségokmány a 49. Cikk 1. bekezdése értelmében 1976. március 23-án lépett hatályba.

preambulumának első és második bekezdése, illetve 8. Cikk 1. bekezdése. Ez utóbbi szerint *“Senkit sem lehet rabszolgaságban tartani; a rabszolgaság és a rabszolga-kereskedelem minden formájában tilos.”*

b) A rabszolgaság tárgyában Genfben, 1926. évi szeptember hó 25-én kelt nemzetközi egyezmény

Az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 1. pontja hivatkozik a *rabszolgaság tárgyában Genfben, 1926. évi szeptember hó 25-én kelt nemzetközi egyezményre* (továbbiakban: 1926. évi REE) (becikkelyezte: 1933: III. törvény)²² is. Ennek 1. Cikke 1. bekezdése szerint *“A rabszolgaság az egyénnek az az állapota vagy helyzete, amelyben felette a tulajdonjognak ismérveit vagy egyes ismérveit gyakorolják.”*²³ Az egyezmény 1. Cikkének 2. bekezdése pedig úgy fogalmaz, hogy *“A rabszolgakereskedés magában foglal minden elfogási, megszerzési vagy átengedési cselekményt, amely az egyénnek rabszolgaságba vetésére irányul, minden cselekményt, amely rabszolgának eladás vagy csere céljára való megszerzésére irányul; minden eladás vagy csere útján való átengedését a rabszolgának, aki eladás vagy csere céljaira szereztetett, úgyszintén általában a rabszolgákkal való kereskedelemre vagy ezeknek szállítására vonatkozó minden cselekményt”*.²⁴ Érdemes még megemlíteni az egyezmény 2. Cikkét, amely szerint *“A Magas Szerződő Felek kötelezik magukat, amennyiben már eddig is nem tették meg a szükséges intézkedéseket, és mindenikük a felségjoga, joghatósága, védelme, állami főhatósága vagy gyámsága alá tartozó területekre is: ... a) megelőzni és elnyomni a rabszolgakereskedést; ... b) fokozatosan és lehető gyorsan folytatni a rabszolgaság üldözését megnyilvánulásának minden alakjában.”* Emellett az egyezmény 6. Cikke szerint *“A Magas Szerződő Felek, amelyeknek törvényhozása nem elégséges arra, hogy a jelen egyezmény céljainak megvalósítása végett megállapított törvények és szabályzatok ellen elkövetett sérelmeket elnyomják, kötelezik magukat, hogy a szükséges rendszabályokat alkalmazzák arra, hogy e vétségek szigorúan büntetessenek.”*²⁵ (Kiemelés – H. M.)

²² Lásd még a rabszolgaságra vonatkozóan Genfben, 1926. évi szeptember hó 25. napján kelt Egyezmény módosítása tárgyában New Yorkban, 1953. évi december hó 7. napján kelt Jegyzőkönyvet és Mellékletét. (A csatlakozási okirat letétele, New Yorkban, 1958. február hó 26. napján megtörtént, kihirdette: az 1958:18. törvényerejű rendeletet, kihirdetve: 1958. VI. 6.)

²³ Szükségesnek tartjuk megemlíteni, hogy a fenti definíció nem csak az 1933: III. “törvény rendelkezései szerint” képezi a rabszolgaság definícióját (így BELOVICS 2001a: 142.), hanem egyenesen az egyezmény szövege alapján.

²⁴ Az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 1. pontja a rabszolga-kereskedelem egyezmény szerinti definícióját pontatlanul közli, egyes részleteire eltorzítva hivatkozik, másokat pedig meg sem említ. A jogirodalom többsége (vö. KISS 1999a: 475.; VIDA 1999d: 156.; BELOVICS 2001a: 142.) a miniszteri indokolás szövegét követi, de néhol még azt is további torzítja, a REE (1926) szövegét idézi ellenben a CD-Jogtár Kommentárja (2000: 175. § 1. pont).

²⁵ Megjegyezzük, hogy az Egyezmény 6. cikkének hivatalos fordítása meglehetősen pontatlan. A rendelkezés eredeti angol szövege a *“punishment of infractions”* kifejezést használja, aminek helyes fordítása nem “sérelmek elnyomása”, hanem “vétségek büntetése”. A hivatalos magyar fordítás ráadásul nem is konzekvens, mivel az “infractions” kifejezés 6. cikkben való másik előfordulását már “vétségek”-ként ülteti át magyarra, illetve az “elnyomni” kifejezést a 2. Cikk a) pontjában szereplő “suppress” ige fordítására alkalmazza.

Vizsgáljuk meg, hogy miképpen viszonyul a Btk. 175/B. § (1) bekezdése az egyezmény definíciójához. A két meghatározás között találhatók pusztán *formai* és *tartalmi* eltérések. Az első csoportba tartozónak tartjuk, hogy

- az egyezmény a rabszolga-kereskedést határozza meg, míg a Btk. 175/B. § az emberkereskedelem címet viseli, mivel abban a vonatkozásban, hogy egy tényállás a nemzetközi egyezmény megfelel-e, nem az elnevezés, hanem a “tartalmi lefedettség” számít;
- az egyezmény által említett elfogást a Btk. 175/B. § nem tartalmazza, hiszen ezen elkövetési magatartás tekinthető a megszerzés speciális esetének, amely viszont a tényállásnak is eleme;
- az egyezmény definíciója szerint az eladás vagy csere nem különálló elkövetési magatartás, hanem az átengedés módja, mivel a két objektív tényállási elem közötti különbség a belső jogban is viszonylagos. (vö. Nagy/Tokaji 2001: 151.)²⁶

Tartalmi különbségnek tartjuk viszont a következőket:

- Az átengedéshez az egyezményben a “rabszolgaságba vetésére irányultság” eleme kapcsolódik, míg – magyar tényállásbeli megfelelőjéhez – az átadás-hoz nem.
- A megszerzés az egyezmény szerint az egyén rabszolgaságba vetésére is irányulhat, a tényállásban ez nem szerepel. Ugyanakkor az utóbbi tartalmazza az átadás céljából kifejtett megszerzés fordulatát, amely az előbbiből viszont hiányzik.
- A egyezmény megszerzésre irányuló cselekményről szól, a magyar tényállás megszerzésről.
- Az egyezmény alapján az eladás vagy csere céljára való megszerzés, eladás vagy csere útján való átengedés csak rabszolga vonatkozásában tartozik bele a fogalomba, a tényállás szerint bármely ember vonatkozásában.
- Az eladás vagy csere útján való átengedés csak olyan rabszolga vonatkozásában tartozik az egyezmény definíciója alá, aki eladás vagy csere céljaira szereztetett, a magyar büntető tényállás szerint bármely ember vonatkozásában.
- A nemzetközi egyezmény tartalmazza az általában a rabszolgákkal való kereskedelemre vagy ezeknek szállítására vonatkozó cselekmény fordulatot, amely a tényállásban nem szerepel.

A Btk. 175/B. § (1) bekezdésének tényállása tehát egyes vonatkozásokban szűkebb, mint az egyezmény definíciója, erre tekintettel felmerül, hogy vajon a jogalkotó maradéktalanul teljesítette-e az 1926. évi REE-ből eredő kriminalizációs kötelezettségét.²⁷

²⁶ A formai eltérések kapcsán érdemes hangsúlyozni, hogy ugyanazon nemzetközi szerződésben foglalt bűncselekmény definíciót természetesen minden ország a hagyományaival és értékeivel összhangban ülteti át a nemzeti jogba, ennek következtében az implementáció országról-országra némileg más eredményre vezet. (vö. HAENTJENS/SWART 1999: 28.)

²⁷ Az 1998: LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás nem mondja ki egyértelműen, hogy az 1926. évi REE alapján a magyar jogalkotó számára a rabszolga-kereskedelem kriminalizálása kötelezettségként jelentkezik, de az egyezmény pusztán említésével ilyen következtetéseket támaszthat alá. KISS az 1926. évi REE-re hivatkozva egyértelműen azon az állásponton van, hogy “Az emberkereskedelem bűncselekményének

Nézetünk szerint az ide tartozó esetekben a jogalkotó el akarta kerülni a *nullum crimen sine lege certa* elv megsértését, ami pedig nyilvánvalóan bekövetkezett volna, ha a Btk. 175/B. § (1) bekezdése az egyezményi definícióban szereplő olyan túl tág vagy homályos fordulatot tartalmazna, mint pl. “általában a rabszolgákkal való kereskedelemre vagy ezeknek szállítására vonatkozó [...] cselekmény”. A nemzeti büntetőjog alkotás és az alapul szolgáló nemzetközi egyezmények kapcsolatára vonatkozó általános elméleti tételek szerint, ilyenkor megvan ugyan annak a rizikója, hogy a nemzetközi és a belső jog között diszkrépancia jön létre, de ezek az esetek beleférhetnek a nemzetközi szerződés lelkiismeretes implementációjának körébe. (vö. *Haentjens/Swart* 1999: 28.) Az általunk elemzett esetben – nézetünk szerint – az utóbbi eshetőségről van szó, a Btk. 175/B. § (1) bekezdésének megalkotásával a jogalkotó teljesítette az 1926. évi REE-ből eredő kriminalizációs kötelezettségét.²⁸ Nehéz megválaszolni azonban azt a kérdést, hogy ennek a jogalkotó miért csak hatvanöt év elmúltával tett eleget.

A Btk. 175/B. § (1) bekezdése bizonyos vonatkozásban tágabb körű, mint az 1926. évi REE rabszolga-kereskedelemről szóló definíciója. Ez egyáltalában *nem* tekinthető *önmagában véve helytelennek*, hiszen “lehet, hogy egy büntetőjogi szabályozás mögött nemzetközi egyezmény áll, de az abban foglaltaktól eltérően szélesebb körben büntetőjogi felelősség előírásának nincs akadálya.” (vö. *Wiener* 1999a: 66. p. 80. lj.) A tényállás – az 1926. évi REE-hez képest – tágabb alkalmazási körét eredményező eltérések nagy része abban áll, hogy a jogalkotó a rabszolga-kereskedés (egyezmény szerinti) definíciójában szereplő elkövetési magatartásokat a rabszolgaságra történő utalás nélkül vette bele a nemzeti tényállásba, pl. – az átengedés magyar tényállásbeli megfelelője – az átadás akkor is büntetendő, ha ahhoz a “rabszolgaságba vetésére irányultság” eleme nem kapcsolódik. Ennek alapján elmondható, hogy az emberkereskedelem tényállását a jogalkotó a rabszolga-kereskedés az 1926. évi REE szerinti definíciójából kiindulva alkotta meg, a rabszolgaság elemének mellőzésével. Részben erre a megoldásra is visszavezethető, hogy a tényállás nem biztos, hogy megfelel a határozott büntetőtörvény alkotására vonatkozó alapelvi követelménynek (*nullum crimen sine lege certa*).²⁹ Az, hogy a rabszolgaság eleme megjelenik a miniszteri indokolásban, nem teszi a büntetőtörvényt határozottabbá, mivel a miniszteri indokolást „a gyakorlat ... sajátos módon használja fel a jogszabály értelmezése során. Ha a miniszteri indokolásban foglaltak támogatják az értelmezést, akkor a jogalkalmazó hivatkozik rá, ellenkező esetben viszont a miniszteri indokolásban foglaltakat nem cáfolja.” (*Wiener* 1999a: 68.)

pónalizálását [...] nemzetközi jogi kötelezettség teljesítése tette indokoltá.” (1999: 475.)

²⁸ Más rabszolgasággal kapcsolatos egyezmények is figyelmet érdemeltek volna. Pl. a rabszolgaság, a rabszolgakereskedés, valamint a rabszolgasághoz hasonló intézmények és gyakorlatok eltörlése tárgyában Genfben, az 1956. évi szeptember hó 7. napján kelt Kiegészítő Egyezmény (A megerősítő okirat letétele, New Yorkban, 1958. február hó 26. napján megtörtént, kihirdette 1958: 18. tvr., kihirdetve: 1958. VI. 6.) Ezen Kiegészítő Egyezmény 3. Cikkének 1. bekezdése ugyanis pl. sokkal egyértelműbben utal a nemzeti kriminalizáció szükségességére – a Kiegészítő Egyezmény 7. Cikkének c) pontja által az 1926. évi egyezménnyel egyezően definiált – a rabszolga-kereskedés vonatkozásában. A magyar jog – a Kiegészítő Egyezmény 6. cikkéből eredő kötelezettség ellenére – mindmáig nem rendel büntetni olyan magatartásokat, mint pl. “Valamely személynek ... rábírása arra, hogy saját magát ... rabszolgaságba vesse ...” (1. bek.) (A rabszolgasággal kapcsolatos egyezmények listáját lásd: BASSIOUNI 1999.)

²⁹ Az alapelv ezen kihatására ld. NAGY 2001a: 58–59.

A két jelenség közötti fogalmi viszonyra tekintettel az emberkereskedelem definícióját szerintünk nem lehet a rabszolga-kereskedelem meghatározásából kiindulva oly módon megalkotni, hogy az utóbbiban szereplő "rabszolga" kifejezést – bármely emberre vonatkozó "más"-ra cseréljük. A két jelenség között ugyan bizonyos hasonlóság megállapítható, különösen az emberi jogokat sértő voltukat és az ellenük való nemzetközi fellépés vonatkozásában tapasztalható egységet tekintve, azonban a két jelenség eltérő korok szülte, más személyeket érintenek, mind az "árúként", mind a kereskedőként szereplő személyek oldaláról, különböznek a véghezvitel során használt útvonalak, módszerek és eszközök is. Így a rabszolga-kereskedést legfeljebb az emberkereskedelem *történeti előzményei* közé lehet sorolni, de az semmi esetre sem állítható, hogy az előbbi az utóbbi speciális esete lenne.

Ennél fogva a Btk. 175/B. § megalkotása során, nem a rabszolga-kereskedésre, hanem az emberkereskedelemre vonatkozó nemzetközi instrumentumokra kellett volna figyelemmel lenni. Márpedig már 1998-ban számos olyan instrumentum áll(hat)ott a törvényhozó rendelkezésére, amely definiálta az emberkereskedelem fogalmát.³⁰ Megfontolás tárgyává kellett volna tenni az Európa Tanács Parlamenti Közgyűlésének 1325 (1997) sz. ajánlását a nőkereskedelemről és prostitúcióra kényszerítésről az Európa Tanács tagállamaiban,³¹ amely 2. bekezdésében – ugyan nem minden tekintetben kielégítően, de – meghatározza az alapul fekvő jelenségeket. Figyelmet érdemelt volna az 1995-ös EUROPOL Egyezmény³² melléklete amely – ugyan az egyezmény 2. Cikkének (2) bekezdése (a szervezet hatáskörbe tartozó bűncselekmények) tekintetében tartalmazza az emberkereskedelem meghatározását. Különös figyelmet kellett volna fordítani az Európai Unió Tanácsának 1997. február 24-i, az emberkereskedelem és a gyermekek szexuális kizsákmányolása elleni harcról szóló közös fellépésére,³³ amely-

³⁰ Nem tartozik ebbe a körbe az emberkereskedés és mások prostitúciója kihasználásának elnyomása tárgyában, New Yorkban, 1950. évi március hó 21. napján kelt nemzetközi egyezmény [továbbiakban: 1950. évi EKE]. (kihirdette: 1955:34. tvr.) Ez ugyanis bár említést tesz prostitúciós célú emberkereskedésről, de nem definiálja annak fogalmát. Az 1950. évi EKE az emberkereskedéssel szembeni küzdelemmel kapcsolatos intézkedések [vö. 17., 19. Cikk] között kifejezetten nem utal a jelenség nemzeti kriminalizációjára. Meg kell azonban jegyezni, hogy az emberkereskedelem megfelelhet a nemzeti jogok azon büntető tényállásainak, amelyek az 1950. évi EKE prostitúcióhoz kapcsolódó bűncselekményekkel kapcsolatos rendelkezései (pl. kerítés 1. Cikk. 1. bek. I. fordulat) alapján kerültek megalkotásra. Az ENSZ keretében a fenti kritériumoknak megfelelő első jelentősebb dokumentumnak – a Transznacionális Szervezett Bűnözés Elleni Egyezményhez tartozó – a nőkkel és gyermekkel való kereskedelem megakadályozásáról, elnyomásáról és megbüntetéséről szóló kiegészítő jegyzőkönyv tekinthető. Ennek figyelembevétele azonban nem lett volna elvárható az 1998: LXXXVII. törvény megalkotása során, hiszen a kidolgozására hivatott ideiglenes bizottságot az ENSZ Közgyűlés (53/111-es határozatával) csak 1998. december 9-én alapította meg és annak első ülésére csak 1999. január 19–29-én került sor. Az sem lett volna nyilvánvalóan elvárható, hogy az 1998: LXXXVII. törvény javaslatát a kormány egy nemzetközi – sokszor bizonytalan kimenetelű – tanácskozással visszavonja. A hivatkozott egyezmény és kiegészítő jegyzőkönyve azóta már elkészült, figyelembevétele a hazai kodifikáció számára több mint megfontolandó.

³¹ [Recommendation 1325 (1997) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on traffic in women and forced prostitution in Council of Europe member states] A Közgyűlés által 1997. április 23. napján (13. ülésén) elfogadott szöveg. (A dokumentum címét Mavi 1996: 312. mintájára fordítottuk.)

³² [A cím fordítása a 2001. december 31-ig terjedő időszakra vonatkozó jogharmonizációs programról és a program végrehajtásával összefüggő feladatokról 2212/1998. (IX. 30.) Korm. határozat mellékletének terminológiáját követi.] [The Convention based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the establishment of a European Police Office. Official Journal (továbbiakban: OJ) C 316, 27.11.1995, pp. 2–32.]

³³ (A "joint action" kifejezést a jogharmonizációs ügyek intézéséről szóló 8002/1999. (IK 10.) IM tájékoztató 2. számú melléklete alapján "közös fellépés"-nek fordítjuk. Egyebekben az instrumentum címének fordítására lásd a 32. l.j.-et.) [Joint Action of 24 February 1997 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation]

nek I. címe szintén tartalmaz meghatározást és az emberkereskedelem vonatkozásában. Meglepőnek tartjuk – különösen hazánk csatlakozási szándékaira tekintettel –, hogy a kodifikációt előkészítő apparátus még az Európai Unió emberkereskedelemre vonatkozó instrumentumaira sem fordított figyelmet.³⁴

2. A szervezett bűnözési aspektus

Az 1998:LXXXVII. törvény általános indokolásának 1. pontja szerint az emberkereskedelem tényállásának beiktatása azon intézkedések közé tartozik, amelyek “a szervezett bűnözés visszaszorítása érdekében erősíti[k] az állam reakcióképességét.” Ezzel kapcsolatban megemlíthető, hogy – a bűnszervezet létrehozásának büntetni rendeléséhez (Btk. 263/C. §) hasonló rendelkezések kivételével – nem fordulhat elő olyan tényállás, amely csak a szervezett bűnözés elleni küzdelmet szolgálja. Hiszen a szervezett bűnözés is a bűnözés része, a szervezett bűncselekmény is bűncselekmény. A tipikusan bűnszervezeti tagok által elkövetett bűncselekményekre történő büntetőjogi reagálás (a büntetés szigorítása, vagy a deliktum tényállásának bizonyítást könnyítő átalakítása) ugyan hozzájárulhat a bűnözési forma elleni harchoz, de szükségszerűen nem csak a szervezett elkövetőkre hat ki. Ennek hátrányait pedig – úgy érezzük – nem szükséges részletezni.

3. A kevesebből a többre következtetés érve és annak cáfolata

A 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött indokolás 1. pontja szerint “A Btk. jelenlegi rendelkezései lefednek minden olyan helyzetet, amikor valamely dologgal való cselekvés társadalomra veszélyes (ehhez képest vagy más tulajdoni, illetve birtokállapotát sérti, vagy a forgalom engedélyhez kötése folytán az engedély nélkülességgel eleve jogellenessé válik), továbbá az 1998: XXII. törvény alapján egyértelművé vált, hogy a dolog fogalmán kívül lévő emberi gén, sejt, ivarsejt, embrió, szerv, szövet, halott teste, annak része feletti jogellenes kereskedelem ugyancsak bűncselekmény. Ebből a rendszerből egyedül maga az ember marad ki.”³⁵ A fenti indokolás jól láthatóan a kevesebből a többre következtetés (*argumentum a minore ad maius*) módszerén alapul, csak azt nem a jogszabály értelmezésénél, hanem új jogszabály

of children (97/154/JHA) OJ L 063, 04.03.1997, pp. 2–6.]

³⁴ Ez különösen azért furcsa, mert az 1998. március 30. napján kelt Tanácsi határozat a Magyar Köztársaság csatlakozási partnerségében rejlő elvekről, prioritásokról, valamint közbenső célokról és feltételekről (a cím saját fordítás) [Council Decision of 30 March 1998 on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the accession partnership with the Republic of Hungary (98/259/EC), OJ L 121, 23.04.1998, p. 1–5.] közép-távú prioritásként jelöli meg a szervezett bűnözés és többek között különösen az emberkereskedelem elleni küzdelmet. Az általános jogharmonizációs tervek és a speciális büntetőjogi kérdések megoldása közötti diszkrétanciát jól példázza, hogy a 2001. december 31-ig terjedő időszakra vonatkozó jogharmonizációs programról és a program végrehajtásával összefüggő feladatokról szóló 2212/1998. (IX. 30.) Korm. határozat melléklete mindkét Európai Unió instrumentumra tekintettel van, sőt a második vonatkozásában Btk. módosítást is előíranyoz, de csak mint 2001-re vonatkozó jogalkotási feladatot. A törvényhozónak azonban a kapcsolódó módosítást nem érdemes elstíni, mert az Európai Unió belül már elkészült az emberkereskedelem elleni kerethatározat tervezete [Proposal for a Council Framework Decision on combating trafficking in human beings (2000/C 62 E/24), COM (2000) 854 final/2 – 2001/0024(CNS), OJ C 62, 27.2.2001, pp. 324–326.], amely a fenti közös fellépés hiányosságait igyekszik kiküszöbölni.

³⁵ Az indoklás ezen részére egyetértően hivatkozik Kiss 1999d: 475.

alkotásánál használja fel. Az érvelés első látásra igen meggyőzőnek és hatásosnak tűnik, azonban ereje – nézetünk szerint – az alaposabb elemzés tüzeiben teljesen elenyészik.

A fenti érvelés alapvető hibája, hogy nincs tekintettel arra, hogy a büntetőjog számára a tényállások elsődleges jellemzője a *jogi tárgy* és nem az *elkövetési magatartás*. A büntetőjog szempontjából egyáltalán nem mindegy, hogy a dolog vonatkozásában végzett magatartás (pl. megszerzés) a vagyoni viszonyokat (pl. orgazdaság [Btk. 326. § (1) I. fordulat], vagy a közegészséget (visszaélés kábítószerrel [Btk. 282. § (1) bek. III. fordulat]), illetve mindkettőt³⁶ veszélyezteti. Az 1998. XII. törvény 2. §-a által a Btk.-ba iktatott emberi test tiltott felhasználásának büntette [Btk. 173/I. § (1) bek.] sem azért került szabályozásra, mert a dolgok kereskedés elleni büntetőjogi védelmének (egyébként teljesen abszurd) kategóriáját ki akarták volna terjeszteni az emberi génre, sejtre, stb., hanem, mert az egészségügyi önrendelkezési jog védelme érdekében erre szükség volt. Ennek megfelelően az emberkereskedelem büntetni rendelését sem az indokolta, hogy bizonyos dolgokkal és polgári jogilag annak nem minősülő (vö. *Lenkovic*s 1998: 40–41.)³⁷ emberi génnel, sejtrel, stb.-vel tanúsított kereskedői magatartásokat, ember vonatkozásában való elkövetés tekintetében nem szankcionált a Büntető Törvénykönyv, hanem azért, mert az emberi méltóságot az ilyen magatartásoktól védeni kellett.

A miniszteri indokolás nincs tekintettel arra a különbségre sem, ami a hivatkozott tényállásokban az *elkövetési tárgyak* (az emberkereskedelemnél: passzív alany) és a *jogtárgy* között viszonyt jellemzi. A büntetőjog a lopás, a kábítószerrel visszaélés, illetőleg az emberi test tiltott felhasználásának tényállásaival nyilvánvalóan nem az említett tényállások elkövetési tárgyait (pl. az autót, a marihuánás cigarettát, illetve az emberi vesét) védi, hanem *személyek* vagyoni jogait, közösségének egészségét, önrendelkezési jogát. Ezzel szemben az emberkereskedelem jogi tárgya közvetlenül a passzív alany (az eladott stb. személy) valamilyen joga. Emellett megítélésünk szerint inkább minőségi, mint mennyiségi különbség van a fenti dolgok és a polgári jogilag annak nem minősülő³⁸ elkövetési tárgyak, illetve az emberkereskedelem passzív alanya között. Ez egyébként ott a legélesebb, ahol a kriminalizáció kiterjesztését a miniszteri indokolás szerint indokolnia kellene, az élő ember, illetve a világ rajta kívül eső részei között.

B. A hatályos tényállás elemzése

Btk. 175/B. § (1) Aki mást elad, megvásárol, ellenszolgáltatás fejében átad, átvesz, más személyért elcserél, illetve e célra másnak megszerez, büntetett követ el, és három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

*(2) A büntetés egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztés, ha a bűncselekményt
a) a személyi szabadságától megfosztott személy sérelmére,*

³⁶ Ezen alapul a lopás és a kábítószerrel visszaélés halmazata (vö. BK 155. sz. II/1.)

³⁷ Nézetünk szerint legalábbis megfontolásra érdemes az a nézet, hogy pl. átültetésre alkalmas szerveket nem kell-e dolognak tekintetni a *büntetőjog szempontjából*, legalábbis bizonyos rendelkezések [pl. lopás (Btk. 316. §), így PAPP 1996: 646., vagy az elkobzás Btk. 77–77/A. §§)] vonatkozásában.

³⁸ Vö. 37. l.j.

- b) a tizennyolcadik életévét be nem töltött személy sérelmére,
- c) munkavégzés végett,
- d) fajtalanság vagy közösülés, illetve mással való fajtalanság vagy közösülés végett

követik el.

(3) A büntetés két évtől nyolc évig terjedő szabadságvesztés, ha a bűncselekmény

a) a (2) bekezdésben meghatározott esetek közül kettő szerint minősül, illetve ha a bűncselekményt

b) bünszervezet tagjaként,

c) az elkövető nevelése, felügyelete, gondozása vagy gyógykezelése alatt álló személy sérelmére

követik el.

(4) A büntetés öt évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés, ha a bűncselekmény

a) a (2) bekezdésben meghatározott esetek közül három szerint minősül, illetve ha a bűncselekményt,

b) a személyi szabadságától megfosztott személy sérelmére bünszervezet tagjaként,

c) az elkövető nevelése, felügyelete, gondozása vagy gyógykezelése alatt álló és a személyi szabadságától megfosztott személy sérelmére

követik el.

(5) A büntetés tíz évtől tizenöt évig terjedő vagy életfogytig tartó szabadságvesztés, ha a bűncselekményt munkavégzés és fajtalanság vagy közösülés, illetve mással való fajtalanság vagy közösülés végett

a) a személyi szabadságától megfosztott személy sérelmére, bünszervezet tagjaként,

b) az elkövető nevelése, felügyelete, gondozása vagy gyógykezelése alatt álló és a személyi szabadságától megfosztott személy sérelmére

követik el.

(6) Aki emberkereskedelemre irányuló előkészületet követ el, vétség miatt két évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

A bűncselekmény alaptényállását a hivatkozott § (1) bekezdése foglalja magában, súlyosabban minősülő eseteit pedig a (2)-(5) bekezdések tartalmazzák. A (6) bekezdés előkészület büntetni rendeléséről rendelkezik.³⁹

1. A jogi tárgy⁴⁰

A 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 1. pontja – az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának 1. cikkére történő hivatkozást kivételével – a következő megállapításokat tartalmazza a emberkereskedelem jogi tárgyával kapcso-

³⁹ A hatályos szabályozás elemzési struktúrája saját rendszerezésen alapul, ami azonban döntő mértékben a következő szempontrendszerek vegyítéseként jött létre: GYÖRGYI/WIENER 1996: ix–x.; NAGY 1999: 16–17.; BÉKÉS 2001: 17–18.

⁴⁰ A jogi tárgy szerepe a tényállások értelmezése során ld. NAGY 2001b: 86.; NAGY/TOKAJ 2001: 141.

latban: "Az emberi méltósághoz való jognak két funkciója van. Egyrészt azt fejezi ki, hogy van egy abszolút határ, amelyen sem az állam, sem más emberek kényszerítő hatalma nem terjedhet túl, vagyis az autonómiának, az egyéni önrendelkezésnek egy mindenki más rendelkezése alól kivont magja, amelynél fogva az ember alany maradhat, és nem válik eszközzé vagy tárggyá. A méltósághoz való jog másik funkciója az egyenlőség biztosítása."⁴¹ A 2. pont szerint "A törvény abból indul ki, miszerint a méltósághoz fűződő jog alapján megengedhetetlen, hogy az ember maga kereskedés tárgyává váljon. Ha ilyen történik, akkor az sui generis bűncselekmény [...] A törvény abból indul ki, hogy az emberi lény ez esetben, tárgyként szerepel".

Pallagi szerint "A jogi tárgy: az emberek egyenlősége és szabadsága, az egyén önrendelkezéséhez fűződő joga" (1999: 70.).

A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint: "Az emberkereskedelem az embernek a szabadsághoz, a méltósághoz és az önrendelkezéséhez való jogosultságait sérti." (2000: 175/B. § 1. pont) Az emberi méltóság vonatkozásában – az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának a miniszteri indokolás által is említett 1. Cikke mellett – a kommentár hivatkozik az Alkotmány 54. §-ának (1) bekezdésére, amely szerint "A Magyar Köztársaságban minden embernek veleszületett joga van [...] az emberi méltósághoz, amely[...]től senkit nem lehet önkényesen megfosztani." A személyes szabadsághoz való jog tekintetében a kommentár hivatkozik az Alkotmány 58. §-ára, amelynek (1) bekezdése szerint: „Mindenkít, aki törvényesen tartózkodik Magyarországon területén – törvényben meghatározott esetek kivételével – megillet a szabad mozgás és a tartózkodási hely szabad megválasztásának joga, beleértve a lakóhely vagy az ország elhagyásához való jogot is.”⁴² (Kiemelés – H. M.) CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint " [...] a Btk. 175/B. §-a azokat a magatartásokat rendeli büntetni, amelyek az emberi méltóságot, szabadságot és az önrendelkezési jogot együttesen sértik, és amelyek révén az ember tárggyá válva – akaratától függetlenül, annak ellenére, illetve akaratnyilvánításra képtelen avagy nem teljesen képes állapotát felhasználva – a kereskedelmi forgalom része lesz." Emellett kiemelési igényel, hogy a kommentár szerint "az emberkereskedelem az önrendelkezési jogától megfosztott (Kiemelés – H. M.) élő ember, mint személyiség jogellenes kereskedését" jelenti. (2000: 175/B. § 1. pont)

Belovics szerint "a bűncselekmény jogi tárgya az emberi szabadsághoz fűződő társadalmi érdek". A miniszteri indokolás által is hivatkozott, fentebb ismertetett nemzetközi instrumentumok mellett *Belovics* a kriminalizáció indokaként hivatkozik az Alkotmány 55. §-ának – már idézett – (1) bekezdésére is (2001a: 142.). A szerző egyébként az Alkotmány ugyanezen rendelkezésére hivatkozik a kényszerítés jogi tárgyának meghatározásakor (127.), ugyanakkor a személyi szabadság megsértésének tényállása (175. §) által védett érdek kapcsán az Alkotmány 58. §-ának – már szintén

⁴¹ Megjegyezzük, hogy a miniszteri indokolás fenti mondatai szó szerinti idézetek *Dr. Sólyom László* alkotmánybíró a 23/1990. (X. 31.) AB határozathoz fűzött párhuzamos véleményének 3. pontjából, amelyet részben megismétel az 64/1991. (XII. 17.) AB határozat Indokolásának D/2/b. pontja. Szerintünk elegánsabb lett volna ezt a miniszteri indokolásban kifejezetten jelezni, és nem azt a látszatot kelteni, mintha a jogalkotó apparátus plagizálásra kényszerülne álláspontja indokolásánál.

⁴² A kommentár kifejezetten utal arra, hogy az utóbbi emberi jog megsértését a Btk. 175. §-a büntetni rendeli. Összehasonlításképpen kiemelés érdemel, hogy a CD-Jogtár Btk. kommentárja a kényszerítés kapcsán az Alkotmány 55. § (1) bekezdésére hivatkozik (2000: 174. § bevezetés), amely szerint "A Magyar Köztársaságban mindenkinek joga van a szabadságra és a személyi biztonságra, senkit sem lehet szabadságától másként, mint a törvényben meghatározott okokból és a törvényben meghatározott eljárás alapján megfosztani."

idézett – (1) bekezdését hívja fel (135.). A fentiekből – véleményünk szerint – azt a következtetést lehet levonni, hogy Belovics szerint a 175/B. § által védett szabadság nem a Btk. 175 §-ának jogi tárgyát képező “mozgás”, illetve “helyváltoztatás szabadsága” (135.), hanem a Btk. 174. §-a által bizonyos támadásokkal szemben védelmezett ún. cselekvési szabadság (127.).⁴³

Kiss szerint “Az emberi méltósághoz való jog alapján az emberi lény tárgyként nem szerepelhet, »forgalom« tárgya nem lehet [...]” (1999d: 475.)

Vida szerint “A *bűncselekmény jogi tárgya* az emberi egyenlőség és szabadság autonómiája, vagyis az egyéni önrendelkezésnek az az eleme, amelynél fogva az ember a maga személyében minden reá vonatkozó kényszerítő rendelkezés ellenére is alany marad, és nem válhat eszközzé vagy tárggyá.” (Vida 1999d: 156.)

Részünkről a bűncselekmény alapesetének jogi tárgyának az *önrendelkezési jogot, az általános cselekvési szabadságot* tartjuk. Az ember tárgyként történő kezelése – amelynek nevesített eseteit a tényállás tartalmazza – ezeket az alapjogokat sérti.⁴⁴ A tényállás nem általában az emberi méltóságot védi, csak annak fentebb nevesített aspektusait.⁴⁵ A bűncselekmény rendszeri elhelyezéséből sem következik egyébként, hogy a jogi tárgy maga az emberi méltóság lenne. Az adott bűncselekményi tényállás által védett érdek ugyanis nem feltétlenül azonos a Btk. adott fejezetének, címének elnevezésével, mivel lehetséges, hogy az utóbbi az absztrakció magasabb szintjén helyezkedik el. A személyi szabadságot, azaz a mozgás, a helyváltoztatás, a tartózkodási hely megválasztása szabadságát, amelyet a Btk. 175. § is véd, részünkről nem tekintjük a bűncselekmény alapesete által védett érdeknek. Ellenkező esetben ugyanis, nyilvánvalóan nem lenne szükség a Btk. 175/B. § (2) bekezdés a) pontjára, amely a személyi szabadság megfosztott sértett sérelmére való elkövetést rendeli fokozottabban büntetni.⁴⁶ Nézetünk szerint az emberek egyenlősége sem képezi a bűncselekmény jogi tárgyát. Az emberkereskedelem ugyanis az eladott személy számára elsősorban alapjogi sérelmet

⁴³ Megjegyzést érdemel, hogy Belovicsnál a “társadalmi érdek” kifejezés használata nem jelenti azt, hogy a szerző ún. univerzális jogi tárgyra gondolna. A szerző ugyanis konzekvensen ugyanezt a megfogalmazást használja tekintet nélkül arra, hogy az adott deliktum jogi tárgya univerzális [pl. közveszélyeztetés (Btk. 259. §) (vö. 2001b: 297.)], vagy nyilvánvalóan individuális [pl. emberölés (Btk. 166. §) (vö. 2001a: 82.); testi sértés (Btk. 170. §) (104.) stb.]. Az individuális és az univerzális jogi tárgy fogalmára ld. NAGY/TOKAL 2001: 141.

⁴⁴ Az említett alapvető jogok és a tárgyként kezelés tilalmának összefüggéseit jól mutatja Lábady alkotmánybíró a 64/1991. (XII. 17.) AB határozathoz fűzött párhuzamos véleményének következő megállapítása: “a magzat biológiailag (genetikailag) kétségkívül az emberi fajhoz tartozik, tehát *normative sem lehet dolog* (azaz fizikai értelemben vett testi tárgy), hanem *személy*, vagyis *jogalany*(és nem jogtárgy)” (6. pont) Zlinszky alkotmánybíró párhuzamos véleménye szerint: “Általánosan elfogadott jogelvnek tekinthető, hogy emberi élet felett senkinek sincs rendelkezési joga. (Emberi élet nem lehet tulajdon tárgya! A magzat, ha jogtárgynak minősítik is, nem forgalom tárgya.) [...] emberi élet [...]főlötti rendelkezést sem anyatesten belül, sem anyatesten kívül tárgyként, tulajdonként a jog nem biztosít.” (III/2/d.)

⁴⁵ „Az Alkotmánybíróság az emberi méltósághoz való jogot az ún. »általános személyiségi jog« egyik megfogalmazásának tekinti. A modern alkotmányok, illetve alkotmánybírói gyakorlat az általános személyiségi jogot különféle aspektusaival nevezik meg: pl. a személyiség szabad kibontakoztatásához való jogként, az önrendelkezés szabadságához való jogként, általános cselekvési szabadságként, avagy a magánszférához való jogként.” [8/1990. (IV. 23.) AB határozat (Indokolás III. pont)] Ezen megállapítás több más Alkotmánybírói döntésben is megjelennek, kifejezett hivatkozással pl. 1/1994. (I. 7.) AB hat. (Indokolás III/2/2.), vagy anélkül pl. 23/1993. (IV. 15.) AB hat. (Indokolás II/1.), sőt az, hogy “az önrendelkezés joga ... az emberi méltósághoz való jog tartalmi eleme ...”, az 9/1992. (I. 30.) AB határozat szerint, “az állandó alkotmánybírói gyakorlat” része. (Indokolás V/6. pont)

⁴⁶ Arra a kérdésre, hogy a Btk. 175/B. § (2) bekezdés a) pontjában meghatározott minősített esetnek a személyi szabadság jogi tárgya-e ld. 7/a. pont.

jelent és nem hátrányos megkülönböztetést a bűncselekmény sértettjének nem minősülő személyekhez képest.⁴⁷ Ellenkező felfogás egyébként arra a szerintünk abszurd eredményre vezetne, hogy az egyenlőséget minden személy elleni bűncselekmény jogi tárgyakként meg kellene jelölni, mivel pl. testi sértés [Btk. 170. §]) esetén az, akinek kiverték egyik szemét, kétségtelenül hátrányosabb pozícióban van ahhoz képest, akinek mindkettő megvan. Az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 1. pontjában ugyan szerepel egy az egyenlőségre történő – inkább mellékesen odavetettnek tűnő – utalás, azonban ez szerintünk abból ered, hogy a jogalkotó apparátus az emberi méltóságról szóló eredeti – forrásmegjelölés nélkül idézett⁴⁸ – okfejtésből egy olyan részletet is „átvett”, amelynek az emberkereskedelem vonatkozásában nincs jelentősége.

Érdemes utalni arra, hogy a tényállásban felhasznált kifejezések (pl. eladás, megszerzés) egyáltalában nem azok, amelyek legalkalmasabbak lennének az önrendelkezési jog sérelmének kifejezésére, holott a jogtárgyra vonatkozó törvényhozói akarat világos kifejezésre juttatása az Alkotmánybíróság által a *büntetőtörvénnyel szemben*⁴⁹ támasztott alkotmányossági követelmények egyike [vö. 30/1992. (V. 26.) AB hat. Indokolás IV/5. pont]

2. Az objektív tényállási elemek

a) A passzív alany

“Az emberkereskedelem *passzív alanya* természetes élő személy lehet, tekintet nélkül a passzív alany állampolgárságára, korára, nemére, egészségi állapotára.” (Belovics 2001a: 142.). *Elhatárolásképpen* megemlíthető, hogy aki “emberi génnel, sejtrel, ivarsejtetttel, embrióval, szervvel, szövetel, halott testével vagy annak részével” kereskedik az emberi test tiltott felhasználásának bűncselekményét (Btk. 173/I. §)⁵⁰ követi el.

Vida szerint: “A passzív alany csak más ember lehet, az elkövető saját személyére vonatkozóan megvalósított magatartásával e bűncselekmény nem valósulhat meg” (1999a: 157., hasonlóan Pallagi 1999: 70.). Részünkről is egyetértünk azzal, hogy e bűncselekményt nem követi el, aki az elkövetési magatartásokat saját maga sérelmére tanúsítja, pl. saját magát adja el.⁵¹

b) Az elkövetési magatartások

A bűncselekmény elkövetési magatartásai egymáshoz való viszonyuk alapján két csoportba oszthatók. *ba)* Az elsőbe öt elkövetési magatartás: az *eladás*, a *megvásárlás*

⁴⁷ Az egyenlőségnek márpedig nem önmagában, hanem csak az egyes alapjogokban való részesülés szempontjából lehet jelentősége (vö. pl. PPJNE 2. Cikk 1. bek.; EJEE 1. és 14. Cikk; Alkotmány 70/A. §.)

⁴⁸ Vö. 41. lj.

⁴⁹ A fenti fogalom és az alkotmányos büntetőjog kategóriájának különbségére ld. WIENER 2001.

⁵⁰ Beiktatta 1998: XXII. törvény 2. §. Hatályos 1998. VII. 1-től.

⁵¹ Azt a lehetőséget, hogy valaki rabszolgának adja el saját magát, már a római jog (közelebből a *praetori edictum*) is figyelembe vette. Vö. PÓLAY 1974: 137. Ld. még a 28. lj.-et.

(továbbiakban együtt adásvétel⁵²), az ellenszolgáltatás fejében történő átadás, illetve átvétel, valamint a más személyért való elcserélés tartozik. bb) A második csoportba egyedül megszerzés elkövetési magatartása sorolható, amely az első csoportba tartozó cselekményekhez kapcsolódik.⁵³

ad ba) Az eladás, a megvásárlás, illetve az elcserélés kifejezések minden jogászban polgári jogi asszociációkat keltenek, míg az ellenszolgáltatás fejében átadás és átvétel elkövetési magatartása vonatkozásában ilyen képzettársítások – szerencsére – nem keletkezhetnek. Nézetünk szerint szerencsésebb lett volna, ha a jogalkotó tényállás összes elkövetési magatartásának megfogalmazásánál mellőzte volna a polgári jogi eredetű kifejezéseket, és az emberrel való kereskedésre vonatkozó „önjáró” büntetőjogi terminológiát alakított volna ki.⁵⁴

De lege lata azonban elengedhetetlen annak meghatározása, hogy milyen szerepet tulajdonítunk a polgári jogi kategóriáknak az eladás, a megvásárlás, illetve az elcserélés elkövetési magatartásainak értelmezése során. Nézetünk szerint az sem lehetett véletlen (és nem járhat következmény nélkül), hogy a jogalkotó polgári jogi kifejezéseket választott a tényállás szövegezése során. Ennek alapja az lehet, hogy – a törvényalkotó véleménye szerint – ezek írják le legpontosabban az ember kereskedelmére vonatkozó ügylettel kapcsolatos eseménylefolyást. Erre tekintettel pedig véleményünk szerint lehetővé válik, hogy az ilyen ügyletekre vonatkozó polgári jogi fogalmakat – kisegítő jelleggel – segítségül hívjuk az eladás, a megvásárlás és a csere elkövetési magatartásainak értelmezésénél. Természetesen erre csak úgy kerülhet sor, hogy a polgári jogi fogalmakat – a büntetőjog szűrőjén keresztül (a tényállás sajátosságainak megfelelően) – vesszük figyelembe. Így tekintettel természetesen számos polgári jogi kategória (pl. szerződösszegés, cselekvőképesség) a büntetőjogi szabály értelmezése szempontjából teljes mértékben irreleváns.⁵⁵

Ezzel kapcsolatos kérdés, hogy mennyiben befolyásolja a fenti értelmezést az ember eladásának, a megvásárlásának, illetve elcserélésének polgári jogi megítélése. Ezzel kapcsolatban két felfogás különíthető el. Az egyik szerint az emberre vonatkozó adásvétel fogalmilag kizárt, a polgári jog szabályozási körén kívül eső esemény. Ezt a felfogást követi az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 2. pontja, amely szerint „A törvény abból indul ki, hogy az emberi lény ez esetben, tárgyként szerepel, és ebből következően fogalmilag kizárt, hogy a »forgalomban« részt vesz”, valamint Kiss, aki szerint „az ember eladásán, vagy megvásárlásán nem a polgári jog szerinti adásvételt kell érteni – minthogy ember nem lehet az adásvétel tárgya” (1999d: 476.).⁵⁶ A másik felfogást a a CD-Jogtár Btk. kommentárja képviseli, amely szerint „A törvény csak a visszerthes – egyébként polgári jogi szempontból érvénytelen

⁵² A kifejezést az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás is használja.

⁵³ Nem segíti elő az egyes elkövetési magatartások értelmezését Kiss következő megállapítása: „A törvény büntetni rendel minden olyan magatartást, amelynek eredményeként az ember pénzért történő adásvétele ellenszolgáltatásért történik; az átadás, átvétel vagy elcserélés, illetve ezek céljából megy végbe a megszerzés” (Kiss 1999d: 475.) A mondat ugyanis nemcsak nyelvtanilag helytelen, hanem sok tekintetben teljesen értelemszaváró.

⁵⁴ Ennek kialakítása a tényállás újraalkotása során elengedhetetlen feladat.

⁵⁵ Nyilvánvaló, hogy az emberkereskedelem nem keretdispozíció, a büntetni rendeltségnek nincs köze az adásvétel, stb. bizonyos szabályainak megszegéséhez, a kötelmi jogi szabályok nem keretkitöltő normaként kerülnek felhasználásra a 175/B. § alkalmazásakor. A keretdispozíciókról egyébként ld. NAGY 2001b: 77–78.

⁵⁶ Ez összhangban van BÍRÓ és LENKOVICS a polgári jog általános tanairól szóló tankönyvének azon megállapításával, amely szerint „soha nem lehet jogviszony tárgya élő ember” (1998: 170.).

(lásd Ptk. XXI. Fejezete) – szerződés megkötését, teljesítését [...] rendeli büntetni.” (2000: 175/B. § 2. pont) Az érvénytelenség itt semmisséget jelent [vö. Ptk. 234. § (1) bek.], mivel – tekintettel a büntetőtörvényi tilalomra (Btk. 175/B. §) – az ilyen szerződés jogszabályba ütközik [Ptk. 200. § (2) bek.]. Eszerint az álláspont szerint viszont a szerződés létezik, hiszen ez logikai előfeltétele az érvénytelenségének (Bíró 1997: 256.), csak *polgári jogi szankcióként* (258.) megvonták tőle a kívánt joghatást. (vö. még 212., 229., 236., 247.) Inkább-e felfogással rokon, de köztesként is jellemezhető e kérdésben *Belovics* álláspontja, aki szerint “Az *adás-vétel* tárgya kizárólag dolog lehet, vagyis természetes személy eladására, illetve megvásárlására a polgári jog szabályaira figyelemmel, nem kerülhet sor. Ezért a természetes élő személy adás-vétele nyilvánvalóan semmis szerződés [...]” (2001a: 142-143.) Az eladás, a megvásárlás és a csere elkövetési magatartásainak polgári jogi elemeket is segítségül hívó értelmezését néze-tünk szerint a fenti álláspontok egyike sem akadályozza meg. Ha a létező, de érvénytelen szerződés koncepciója alapján a polgári jogi elemek felhasználását az is alátámasztja, hogy az érvénytelen szerződés vonatkozásában is jelentősége van bizonyos kötelmi jogi kategóriáknak, pl. teljesítés ilyenkor is történhet, amelynek sorsát a Ptk. is rendezi (vö. 237. §, ld. még Bíró 1997, 289.).³⁷ Szerintünk a fogalmi kizártság felfogása sem akadályozza bizonyos polgári jogi kategóriák felhasználását, mivel ezzel polgári jogi sorukról foglalunk állást, hanem csak a büntetőjogi értelmezés számára *kölcsönözzük* őket.

i) Kiss szerint “az ember eladásán, vagy megvásárlásán [...] olyan helyzetet kell ezen érteni, amikor valaki a vevő hatalmába, érdekkörébe kerül” (1999d: 476.). Az adásvétel a polgári jog szerint “dolog tulajdonának [...] pénz ellenében történő átruházása.” (vö. 142.) A Ptk. ugyan – ellentétben pl. az osztrák Ptk.-val (ABGB)³⁸ – nem mondja ki közvetlenül, hogy, hogy az ember *nem minősül dolognak*, de a jogtudomány álláspontja szerint “az ember [...] élő [...] állapotában a dolog és a dologi jog fogalomkörén kívül esik” (Lenkovics 1998, 41.), illetve “az ember [...] *nem* birtokba vehető dolog, *nem* lehet [...] tulajdonjog tárgya” (40.).³⁹ Ezzel együtt – a polgári jogi fogalmak értelmezés során való felhasználásáról fentebb elmondottakra tekintettel – érdemes röviden megvizsgálni, hogy mit jelent a tulajdonjog dolgok vonatkozásában, és ennek bizonyos elemeit felhasználni az ember eladása és megvásárlása fogalmának meghatározásakor. A “[...] tulajdonjogviszonyt [...] az ún. árutulajdonosi triásszal, a birtoklás, a használat és rendelkezés jogaival szokták jellemezni.” (Lenkovics 1998: 93.)⁴⁰ Ezek közül a birtoklás úgy jellemezhető, mint a dolog feletti “tényleges hatalom” (Lenkovics 1998: 271.).⁴¹ Így viszont látható, hogy a Kiss-féle meghatározás a polgári

³⁷ A szerződés megkötésének és a teljesítésének kategóriáit a CD-Jogtár kommentárja is felhasználja (2000: 175/B. § 2. pont), de nem tulajdonít ezeknek túl nagy jelentőséget.

³⁸ Az osztrák Ptk. (ABGB) a dolog fogalmát többek között azzal a kitéttel definiálja, hogy “mindaz, ami a személytől különbözik” (idézi LENKOVICS 1998: 36.). A Ptk. kikerüli a dolog fogalmának meghatározását (LENKOVICS 1998, 38.) A dolog definícióról lásd LENKOVICS: 1998, 36–41., illetve a Ptk. 94. § (1) bekezdését.

³⁹ Lásd a régebbi irodalomból TÓTH meghatározását, amely szerint “dolog alatt értjük azt, ami rajtunk [értsd: az embereken – H.M.] kívül létezik” (idézi Lenkovics 1998: 36.).

⁴⁰ Bár a polgári jog tudománya szerint, az árutulajdonosi triást “ma már csak, mint tradicionális leegyszerűsítést lehet elfogadni” (LENKOVICS 1998. 93.), mivel “a tulajdonjog tartalmi elemei[t] taxative felsorolni nem lehet” (98.), úgy véljük nem követünk el hibát, ha ezt a leegyszerűsített felfogást vesszük alapul az emberkereskedelemre büntetőjogi tényállásának elemzése során. Vö. Ptk. 98–99. §§ és 112. § (1) bek.

⁴¹ Természetesen a birtok vonatkozásában is csak arról lehet szó, hogy a fogalmat a büntetőjogi értelmezés

jogi kategóriákat segítségül hívó értelmezés alapján is megalapozható. Annak megállapítása azonban, hogy mikor áll fenn az ember felett hatalom, mikor tartozik valaki más érdekkörébe, nem tartozik a legkönnyebb jogalkalmazási kérdések közé. Azon rendkívül sokféle hatalom közül, amit az emberek – jogosan vagy jogszerűen – egymás felett gyakorolnak, azon sokfajta érdekviszonyból, amiben az egyes személyek állnak, nézetünk szerint nyilvánvaló, hogy nem mindegyik tartozhat a tényállás alkalmazási körébe. Azonban azt, hogy mely hatalmi viszonyok, érdekkapcsolatok tartoznak ide, azt annyira nehezen lehet megállapítani, hogy az ezzel járó jogbizonytalanság a tényállás alkotmányosságát is megkérdőjelezi.

Nemcsak a birtoklás eleme jut jelentőséghez a tényállás elemzése során, hanem pl. a rendelkezési jog átadásnak analógiájára, az eladás és a megvásárlás elkövetési magatartásainak megvalósulásához szerintünk nem elegendő a birtoklás ideiglenes átadása, hanem szükséges a passzív alany feletti hatalom végleges átruházásának igénye is.

Belovics szerint az adásvétel elkövetési magatartása „anyagi ellenszolgáltatás” esetén valósul meg, amikor tehát „[...] az eladó a természetes élő személyt *pénzért vagy más vagyoni értékkel rendelkező dologért* (Kiemelés – H. M.) adja át a vevőnek, illetve a vevő pénzt vagy anyagi értékkel bíró dolgot ad át az eladónak.” (2001a: 142-143.) Ennek megfelelően szerinte „az *átadás-átvétel*” vonatkozásában ellenszolgáltatáson „bármilyen *nem anyagi jellegű ellentételezés*” (Kiemelés – H. M.) értendő, „mert amennyiben az ellenszolgáltatás anyagi értékkel bír, eladásról, illetve vásárlásról van szó.” (2001a: 143.)

A fenti értelmezés ugyan megfelel az eladás köznap fogalmának [valaminek „ellenértékért” más tulajdonába történő átengedése (vö. Értelmező Kézisztár 1972: 268.)], de nincs összhangban az adásvétel – Belovics által is idézett – polgári jogi fogalmával [“dolog tulajdonának [...] pénz ellenében történő átruházása.” (142.), hasonlóan *Eörsi* 1994: 13., vö. még Ptk. 365. § (1) bek.]. Szerintünk az eladás és megvásárlás elkövetési magatartásának értelmezésénél, az ellenszolgáltatás jellege vonatkozásában nincs ok az adásvétel polgári jogi fogalmától való eltérésre.⁶² Belovics értelmezése ráadásul nem veszi figyelembe az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás azon megállapítását, amely szerint “A tényállás az elkövetési magatartások körében *a pénzért történő adásvételt, a bármi más ellenszolgáltatásért történő átadást, átvételt* [...] tartalmazza.” (Kiemelések – H. M.)

Értelmezést igényel, hogy az eladás illetve a megvétel elkövetési magatartásai milyen mozzanatokkal valósulnak meg egészükben. Az *eladó* vonatkozásában alapvetően három időpont jöhet számításba: a vevővel való megegyezés, a passzív alany vevőnek történő átadása és a pénz átvétele. A *vevő* vonatkozásában az első mozzanat mellett –

számára “kikölcsönözzük”, mivel ez a kategória polgári jogilag nem terjed ki arra, ami nem minősül dolognak (vö. LENKOVICS 1998: 272.).

⁶² Az adásvétel Belovics féle értelmezése ráadásul a büntetőjogi felelősséget kiterjesztő hatással jár, mivel nem teszi lehetővé azon kérdés eldöntését, hogy az átadás-átvétel tekintetében milyen ellenszolgáltatás tekinthető tényállásszerűnek, csak a vagyoni, vagy a nem vagyoni is. Ugyanis a Belovics féle eladás és a megvásárlás fogalom alapján az ellenszolgáltatás fejében történő átadás-átvétel köre szükségképpen egybeesik a nem vagyoni ellenszolgáltatással párosuló átadással és átvétellel (vö. BELOVICS 2001a: 143.). Hiszen nem feltételezhető, hogy a jogalkotó ellenszolgáltatásért való az átadás és átvétel elkövetési magatartásait eleve értelmetlenül – az adásvétel körét lefedve – hozta volna létre.

ami az eladónál felsoroltakkal nyilvánvalóan megegyezik – a passzív alany átvétele és a pénz átadása lehet a befejezettség időpontja.

Annak, hogy az első mozzanatot befejezettségeként vegyük figyelembe még a polgári jogi kategóriákat segítségül hívó értelmezésnek is ellentmond. Az adásvétel – *konszenzuál szerződésként* – ugyan a felek megállapodásával létrejön [vö. Ptk. 205. § (1) bek.] (vö. *Bíró* 1997: 195.; *Eörsi* 1994: 16.),⁶³ de megszűnése a polgári jogi elmélet szerint rendszerint, de nem szükségképpen⁶⁴ (vö. *Bíró* 1997: 311., 327.), csak a felek teljesítésével történik. A büntetőjog számára pedig csak ezen szerződés körébe sorolt magatartások *teljessége* jelenthet befejezett eladást vagy megvételt. Emellett megemlíthető, hogy az ingó dolgok tulajdonjoga főszabály szerint a magyar jogban az átadás-száll át a vevőre (ún. *tradíciós rendszer*) [vö. pl. *Lenkovics* 1998: 142.; *Eörsi* 1994: 17.; vö. Ptk. 117. § (2) bek.]. Márpedig, mivel az adásvételt fentebb éppen a hatalomát-szállás momentumával jellemeztük, értelemszerű, hogy a befejezettség időpontja is ehhez igazodjon. Ha az eladást és megvásárlást a valaki más feletti hatalom – pénz ellenében való – átruházásában való megegyezéssel teljesen megvalósultnak tekintenénk, ezen elkövetési magatartásokért való büntetőjogi felelősséget – az ellenszolgáltatás fejében átadás-átvétellelhez képest – előrehoznánk. Márpedig nézetünk szerint az adásvétel elkövetési magatartásának értelmezésénél érdemes figyelemmel lenni az átadás-átvétel vonatkozásában adódó megállapításokra. Nem feltételezhető ugyanis, hogy pusztán arra tekintettel, hogy az adásvétel ellenszolgáltatása pénz, ezen elkövetési magatartásnál a jogalkotó a korábbi stádiumra kívánta volna előrehozni a befejezettséget.

Szintén nem lenne helyes, ha a pénzbeli ellenszolgáltatás – az ember átadása (átvétele) nélküli – teljesítésével tekintenénk a büntetett befejezettnak. Az ugyanis, hogy az ügylet pénzbeli ellenszolgáltatás fejében történik, nem a jogtárgy-sértéssel van összefüggésben, hanem csak a cselekmény büntetést-érdemlőségét befolyásolja. Márpedig a jogtárgy-harmonikus értelmezés alapján vitás esetekben érdemesebb a jogtárgy-sértésével vagy veszélyeztetésével összefüggő elemhez kötni a befejezettség mozzanatát. Ezzel az adásvétel értelmezése összhangba kerül az átadás illetve átvétel vonatkozásában kifejtettekkel. Hiszen ezen utóbbi elkövetési magatartásoknak nem része az ellenszolgáltatás nyújtása, hanem tényállásszerűségük feltétele, hogy tanúsításukra annak fejében kerüljön sor.

Belovics az adásvétel befejezettségét abban a mozzanatban jelöli meg, amikor “[...] a passzív alany az eladó [...] érdekköréből a vevő [...] hatalmába kerül.” (2001a: 143.) A CD-Jogtár kommentárja szerint “A cselekmény a sértett átadásával, átvételével, [...] befejezetté válik, függetlenül attól, hogy a vételár kifizetésére egyidejűleg kerül-e sor, avagy az kifizetetlenül marad, illetve, hogy az ellenszolgáltatás teljesítése is megtörtént-e”. (2000: 175/B. § 5. pont) A fenti kommentár – érdekes módon – nem szól külön az eladás és a megvásárlás befejezettségéről, hanem – az általunk első csoportba sorolt magatartások közül – csak az átadás, átvétel, elcserélés elkövetési magatartásainak megvalósulását tárgyalja. Azonban a vételár kifizetés kifejezés használatból, aminek értelemszerűen csak az adásvétel vonatkozásában lehet helye, arra is lehet következtetni, hogy a befejezettség az eladás, illetve a megvásárlás vonatkozásában is az

⁶³ Ez volt már a helyzet már a *praetori* jogban is. Vö. *BRÓSZ* 1974a: 408.

⁶⁴ Az ezt követő helyállási időszak a büntetőjog számára nem releváns.

átadás, illetve az átvétel időpontját jelenti.⁶⁵ Az eladás és a megvásárlás befejezettségét részünkről is a passzív alany feletti végleges hatalom átruházás mozzanatához kötjük.

Egyetértünk a CD-Jogtár kommentárjával abban is, hogy a pénzbeli ellenszolgáltatás – az ember átadása (átvétele) utáni – teljesítése már nem érinti a bűncselekmény befejezettségét. Ez az álláspont további előnye, hogy harmonizál az átadás és átvétel vonatkozásában adódó megállapításokkal.

ii) *Belovics* szerint “Az átadás-átvétel minden olyan tevékenységet felölel, amelynek következtében a természetes élő személy más hatalmába, érdekkörébe kerül. (Kiemelés – H. M.)” (2001a: 143.) Nézetünk szerint az elkövetési magatartások tényállásszerűségéhez nem elegendő, ha valaki ideiglenesen kerül át ellenszolgáltatás fejében más hatalmába, pl. munkaerejét kikölcsönzik más számára, hanem az is szükséges, hogy az ügylet a passzív alany végleges átadásra irányuljon. Ezzel ellentétes értelmezés nem lenne összhangban a “kereskedelem” kifejezéssel.

Az átadás és az átvétel csak akkor tényállásszerű, ha ellenszolgáltatás fejében történik. A feleknek az elkövetési magatartás tanúsítása előtt meg kell állapodniuk az ellenszolgáltatásban. Nem elégséges tehát, ha az átadás és átvételhez – előzetes megállapodás nélkül – az ellenszolgáltatás utólagos teljesítése járul.

A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint “Ellenszolgáltatáson értendő bármilyen – egyébként anyagi értékkel bíró – tevékenység (takarítás, fuvarozás, építkezés, oktatás stb.).” (2000: 175/B. § 2. pont) *Belovics* – már hivatkozott – álláspontja szerint az átadás-átvétel körébe “bármilyen nem anyagi jellegű ellentételezés” beletartozik, ha azonban “[...] az ellenszolgáltatás anyagi értékkel bír, eladásról, illetve vásárlásról van szó.” (2001a: 143.) Az adásvétel fogalmáról és az elkövetési magatartások egymáshoz való viszonyáról vallott – *Belovics*tól eltérő – felfogásunk alapján nézetünk szerint az a kérdés, hogy átadás-átvétel akkor tényállásszerű-e *csak*, ha az anyagi értékkel bíró ellenszolgáltatás ellenében történik, vagy e fogalom kiterjed a nem anyagi ellentételezésekre is.

E probléma eldöntésénél érdemes kitekinteni arra, hogy miképpen értelmezi a jogirodalom az ellenszolgáltatást a kuruzslás bűncselekményénél (Btk. 285. §), az egyetlen tényállásnál, amely tényállási elemeként⁶⁶ tartalmazza e fogalmat. A jogalkotó ugyanis a Btk. 175/B. § fogalmi rendszerének kialakításánál feltehetően figyelemmel volt arra, hogy azok a fogalmak, amelyeket a megalkotandó büntető rendelkezésben fel kívánt használni, szerepelnek-e, és milyen jelentéssel bírnak a Btk. meglévő tényállásaiban (így a kuruzsláséban). Az ellenszolgáltatás fogalma a két tényállás rendszerében egyébként hasonló funkciót is tölt be: az egyébként is jogtárgy-sértő elkövetési magatartások [az orvosi gyakorlat körébe tartozó tevékenység jogosulatlan kifejtése (Btk. 285. §), ember átadása-átvétele (Btk. 175/B. §)] büntetést érdemlőségét növelik a büntetőjogi fellépést indokoló szintre.⁶⁷ Ezen értelmezési módszer azonban nem hoz egyértelmű eredményt, mert az ellenszolgáltatás fogalma a kuruzslás vonatkozásában is

⁶⁵ Hasonló megoldásra jut *BELOVICS* is, aki szerint az eladás és a megvásárlás elkövetési magatartásai “akkor valósulnak meg, ha a természetes élő személyt [...] »adnak át«, »szereznek meg«” (2001a: 143.).

⁶⁶ A Btk.-ban a 138/B. § b) pontjában is szerepel az ellenszolgáltatás fogalma. E rendelkezés azonban a kifejezést nem tényállási elemként használja.

⁶⁷ Így a Btk. 285. §-ához fűzött miniszteri indokolás 1. pontja. Az emberkereskedelem vonatkozásában – nézetünk szerint – az sérti is jogtárgyat, ha valakit ellenszolgáltatás nélkül, pl. ajándékozás keretében, adnak át más személy hatalmába.

vitattott a jogirodalomban. CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint “Ellenszolgáltatáson bármely vagyoni juttatást érteni kell, a nem vagyoni személyes előnyt azonban nem.” (2000: 285. §, hasonlóan Kónya 1999: 819.; Bócz 1996: 587.) Vida szerint azonban “ellenszolgáltatásért való kifejtés tényállásszerű akkor is, ha nem pénzért, hanem más anyagi vagy személyi jellegű viszonzatszolgáltatásért [...] történik [...]” (1999e: 605.)

Nézetünk szerint figyelemmel kell lenni arra is, hogy a jogalkotó az emberkereskedelemtől (és a kuruzslásnál) nem a más tényállások [pl. Btk. 225. §, 244. § (1) bek. c) pont, 250. § (1) bek.], által használt előny kifejezést tartalmazza. Ez utóbbi fogalom ugyanis a jogirodalom és a joggyakorlat szerint aggálytalanul kiterjed személyes jellegű előnyre is (vö. 225. §: Marázné 1999: 330.; Sinku 2001b: 250.; Berkes 1999b: 651.; 244. §: Sinku 2001b: 277.; Berkes 1999b: 687.; Marázné 1999: 372.; 250. §: Vida 1999b: 382.; Sinku 2001b: 286.; Berkes 1999b: 694.) Ebből pedig az ellentétből való következtetés (*argumentum a contrario*) módszerét használva arra a jogalkotói akaratra következtethetünk, hogy a Btk. 175/B, §-a (és 285. §-a) vonatkozásában a személyes (nem anyagi értékű) szolgáltatás fejében való átadást-átvételt nem kívánta tényállásszerűvé tenni.

A lehetséges félreértelmezés elkerülése végett ebben a vonatkozásban is érdemes megemlíteni az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 2. pontjának már idézett megállapítását, amely szerint “A tényállás az elkövetési magatartások körében a pénzért történő adásvételt, a bármi más (*Kiemelés – H. M.*) ellenszolgáltatásért történő átadást, átvételt ... tartalmazza”. A fenti idézet nyilvánvalóan nem az ellenszolgáltatások tényállás szempontjából releváns körének meghatározását nyújtja. Tehát nem azt mondja ki, hogy az ellenszolgáltatás a Btk. 175/B. § (1) bekezdés harmadik és negyedik fordulata vonatkozásában bármi lehet, hanem az egyes elkövetési magatartások egymáshoz való viszonyát kívánja tisztázni, az ember átadásáért járó ellentételezés fajtája alapján. Ezért a miniszteri indokolás ezen részére alapítva nem képviselhető olyan álláspont, hogy a 175/B. § vonatkozásában az ellenszolgáltatás bármi, azaz akár szexuális szolgáltatás is lehet.

A cselekmény akkor válik befejezetté, “ha a passzív alany az [...] átadó [...] köréből a[z] átvevő [...] hatalmába kerül” (Belovics 2001a: 143.). A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint: “A cselekmény a sértett átadásával, átvételével, [...] befejezetté válik, függetlenül attól, hogy [...] az ellenszolgáltatás teljesítése is megtörtént-e [...]” (2000: 175/B § 5. pont). Az ellenszolgáltatás tényleges teljesítése tehát nem része e két elkövetési magatartásnak.

iii) A tényállás ötödik fordulata az valószínűleg meg, “aki mást [...] más személyért elcserél”. A más személyért elcserélés fordulata kapcsán az ellenszolgáltatás fejében átadás és átvétel vonatkozásában kifejtettek megfelelően irányadók, tekintettel kell lenni azonban arra, hogy a tényállás ötödik fordulata két konjunktív összekapcsolt elkövetési magatartást tartalmaz: egy átadást és egy átvételt.

Belovics a elcserélés befejezettségét az adásvétel és az ellenszolgáltatás fejében átadás-átvétel vonatkozásában kifejtettekkel azonosan határozza meg. Szerinte az a cselekmény akkor válik befejezetté, “ha a passzív alany a[...] cserélő érdekköréből a [...] cserélő hatalmába kerül.” (2001a: 143.) Ez a meghatározás nincs tekintettel arra, hogy elcserélésnek két passzív alanya és tettesenként két *velük kapcsolatos* elkövetési magatartása van. Szerintünk az elcserélés akkor befejezett, ha az önálló tettes mindkét elkövetési magatartást megvalósította, azaz az átadás (átvétel) mellett a másik személy

átvette (átadta). Ez a felfogás van összhangban a Btk. 193. §-ban szereplő kicserélés elkövetési magatartásának értelmezésével (vö. Nagy 1999a: 253.).

A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint “ [...] nem szükséges, hogy az elcserélt személyek korábban eladás, megvásárlás, illetve ellenszolgáltatás révén kerüljenek a felekhez.” (2000: 175/B. § 2. pont)

Nézetünk szerint szerencsésebb lett volna, ha a kodifikáció során elkerülük a “más” kifejezés – értelmezési nehézséget nem okozó, de – nyelviileg nem túl elegáns ismétlődését. A rágalmozás (179. §) vagy a kerítés (207. §) tényállásában alkalmazott megoldás mintájára szerencsésebb lett volna a 175/B. § (1) bekezdésének olyan megfogalmazása, amely szerint, aki “valakit [...] más személyért elcserél”.

ad i-iii) Az 1998:LXXXVII. törvény 43. §-ához fűzött miniszteri indokolás 2. pontja szerint “A tényállás fenyegeti az adásvétel, illetőleg a csere mindkét pólusán lévő elkövetőt.” *Vida* szerint “Az adásvétel, az ellenszolgáltatásért átadás-átvétel, a csere mindkét oldalon büntetendő, szükségképpen többes közreműködéssel megvalósuló magatartás.” (*Vida* 1999: 157)

Érdemes ebben vonatkozásban rámutatni arra, hogy e bűncselekménynél a szükség-szerű többes közreműködés számos különös változatára adódik lehetőség. Ha valaki olyan személyt vesz meg, aki saját magát adta el, ez utóbbi közreműködő magatartása nem is tényállásszerű.⁶⁸ Abban az esetben pedig, ha a passzív alany már kikerült az eladó rendelkezése alól, de a szállítás során bekövetkezett halála miatt soha nem is kerül a vevő hatalma alá, az eladás elkövetési magatartása befejezett, a vevő cselekménye pedig (a később látottak szerint) csak előkészületi szakban marad.

ad i) és iii) Érdemes kiemelni, hogy az eladás, megvásárlás, csere esetén az önálló tettesi minőséget sem a korlátozott cselekvőképesség (Ptk. 12. §-14. §), sem a cselekvőképzetlenség (Ptk. 15. §-18. §) nem érinti.

ba) A bűncselekmény hatodik fordulátát az követi el, “aki mást” az első pontba sorolt magatartások céljára “másnak megszerez”.

A magyar büntetőjogban egyedül a kerítés (Btk. 207. §) tényállásában szerepel még természetes személy⁶⁹ más személy részére valamilyen magatartásra történő *megszerzése*. Nézetünk szerint megszerzés e bűncselekmény tekintetében kialakult fogalmára érdemes támaszkodni a Btk. 175/B. § (1) bekezdés VI. fordulátának értelmezésnél. Ezt a módszert nemcsak azok az érvek támasztják alá, amelyeket a kuruzslás tényállásában szereplő ellenszolgáltatás fogalom a Btk. 175/B. § (1) bekezdés III-IV. fordulat vonatkozásában való kapcsán kifejtettük, hanem a kerítés és az emberkereskedelem közötti történeti és kriminológiai összefüggés is.⁷⁰

⁶⁸ Érdemes megemlíteni, hogy az ilyen esetek SCHULTHEISZ (1948: 125–127.), vagy JESCHECK és WEIGEND (1996: 697–699.) szerint szükségképpen többes közreműködésnek minősülnek, de pl. NAGY és TOKAJI szerint nem tartoznak bele ebbe a fogalomba. Az utóbbi szerzőpáros szerint ugyanis a szükségképpen többes közreműködéshez legalább két tettes kell (2001: 162.), márpedig a saját magát eladó, így nem tényállásszerű cselekményt tanúsító személy ilyen elkövetői minőségben nem működhet közre. [A szerzőpáros által a szükségképpen többes közreműködés különleges esetként (vö. 145., 162–163.) megjelölt társas elkövetési alakzatok (pl. bűnszövetség), amelyeknél a részesek is beleszámíthatnak a megkívánt létszámba, az általunk vizsgált kérdés vonatkozásban nyilvánvalóan nem jöhetnek szóba, de már itt megemlítjük, hogy a saját magát eladó személy (ahogy majd látjuk) a bűncselekmény részese sem lehet (vö. 5/ab. pont)].

⁶⁹ A megszerzés elkövetési magatartása más tényállásoknál is szerepel, de ott dolog [vö. pl. 282. § (1) bek. III. fordulat], emberi gén, stb. [Btk. 173/I. § (1) bek. I.], vagy adat [Btk. 177/B. § (2) bek.] vonatkozásában.

⁷⁰ Az 1950. évi EKE – ugyan különböző vonatkozásokban –, de mindkét jelenség elleni fellépésre nézve tar-

Mivel a megszerzés fogalma a kerítés vonatkozásában sem tekinthető tisztázottnak vagy problémamentesnek (vö. Nagy 1999: 299.), a következőkben röviden összegezzük az ezzel kapcsolatos azon véleményeket, amelyek az emberkereskedelem vonatkozásában történő felhasználás szempontjából lényegesek lehetnek.⁷¹ A Btk. 207. §-ához fűzött miniszteri indokolás szerint "A »másnak megszerzés« tágabb fogalom, mint a közösülésre, fajtalanásra rábírás. Minden olyan magatartást átfog, amellyel a kerítő lehetőséget teremt mások nemi kapcsolatára, akár elhatárolták már a partnerek ezt a kapcsolatot, akár nem." A jogirodalom a miniszteri indokolás által adott megszerzés fogalmat annyiban leszűkíti, hogy a közösülés vagy fajtalanosság lehetőségéhez a "közvetlen" jelzőt fűzi. (pl. Bodgál/Pintér 1981: 218.) A jogirodalom egyöntetűen egyetért azzal a megállapítással, hogy "A törvény ... nem egyszerű közreműködést említ, ezért szükséges, hogy a kerítő tevékenysége a megszerzés egyik determináló oka legyen a nemi kapcsolat létesítésének." (Bodgál/Pintér 1981: 218.; hasonlóan: Berkes 1999a: 620.; Nagy 1999a: 299.; Sinku 2001a: 231.) A fenti tétel elfogadása azonban nem jelenti azt, hogy az egyes szerzők bizonyos esetkörök minősítése vonatkozásában ne vallanának gyakran homlokegyenest ellenkező álláspontot.⁷² Berkes pl. megállapíthatónak tartja a megszerzést, "ha az elkövető épületet, stb. bocsát olyan partnerek rendelkezésére, akik egyébként nem, vagy csak nehezen tudnának a nemi kapcsolat céljára helyet találni (pl. házasságban élő személy részére találkozási helyet teremt, illetve találkahelyet tart fenn) [...]", és csak akkor látja kizártnak a fenti elkövetési magatartást, "ha az elkövető olyan személyek nemi kapcsolatára ad alkalmat, akik már ismerik egymást, és a nemi kapcsolatra más módjuk is van." (1999g: 620.) Ezzel szemben más szerzők még inkább leszűkítik a megszerzés fogalmát körét, és az elsőként említett esetben *sem* látnak alapot kerítés megállapítására. Nagy szerint pl. "[a] megszerzés megállapítása [...] kizárt, ha a felek a kerítő tevékenységét megelőzően a nemi cselekményben már megállapodtak." (1999e: 299.), hasonlóan Sinku, aki szerint nem lehet megállapítani a megszerzést, "ha a felek között a szexuális cselekményre vonatkozó szándék már korábban kialakult, és az elkövető már csak e szándék realizálásához nyújt segítséget." (2001a: 231.) Bodgál és Pintér is kizártnak tartják a lakás közösülésre vagy fajtalanásra való rendelkezésre bocsátásának kerítésként való minősítését, "ha az elkövető a felek összehozásában nem működött közre." (1981c: 218., hasonlóan Nagy 1999a: 299.)

Ennek alapján az emberkereskedelem vonatkozásában a megszerzés a harmadik személy közvetlen hozzáférése lehetőségének megteremtése a passzív alanyhoz. Akkor is lehetséges megszerzés, ha a passzív alany és a harmadik személy már ismerték egymást, de nem merülhet fel ezen fordulat megállapítása (legalábbis befejezettként), ha a sértett már a harmadik személy – az eladás, stb. szempontjából releváns – hatalmába érdekkörébe tartozik. A megszerzés kifejezésbe minden olyan magatartás beletartozik,

talmaz rendelkezéseket [vö. 1. Cikk. 1. bek. I. fordulat (kerítés), illetve 17. Cikk, 19. Cikk 1. (emberkereskedés)]. A kerítés kapcsán a büntetőjogi szak- és tankönyvek is többször hivatkoznak a léánykereskedelem jelenségére (vö. pl. TRAYTLER 1963: 321.; BODGÁL/PINTÉR 1981c: 219–220.), ami NAGY szerint "nők üzletszerű kerítése és áruba bocsátása a prostitúció számára" (NAGY 1999e: 301.). A kerítés kapcsán a szerzők szoktak idézőjellel (SCHULTHEISZ 1966: 265.), vagy anélkül (TRAYTLER 1963: 333.) mások (élő testének) árusításáról szólni.

⁷¹ A megszerzés fogalmának a kerítés tekintetében való teljes körű elemzése külön tanulmányt igényelne.

⁷² Ebben a vonatkozásban sem könnyű meghatározni, hogy milyen ok számít döntőnek. Vö. az általános okozatossági tan tekintetében GYÖRGYI 1999: 238., a tettesség részesség terén NAGY/TOKAJ 2001: 269.

amelynek eredménye: a passzív alanyhoz való közvetlen hozzáférés lehetősége a harmadik személy részéről. Mulasztásos változat nem gyakorlati, mert nehezen elképzelhető olyan nem büntető jogszabályon alapuló kötelezettség, amely alapján valaki az ilyen helyzet elhárítására lenne kötelezve. A megszerzés körébe tartozhat, a passzív alany rábírása (kényszerítéssel, vagy csalárdsággal) arra, hogy a harmadik személy számára közvetlen rendelkezést biztosító helyre menjen, a sértett ilyen helyre történő elhurcolása a 175/B. § (2) bek. a) pontot megvalósító módon, vagy a harmadik személy a passzív alanyhoz szállítása, azért hogy az előbbi pl. megtevesztéssel – az eladás stb. szempontjából releváns – uralmi körébe vonja az utóbbit.

Vida szerint “A másnak megszerzés [...] befejezett tényállásszerű magatartás akkor is, ha az ellenszolgáltatás vagy csere nélkül átvevő más személy cselekménye csak előkészültként minősül.” (1999a: 157.) Megjegyezzük, hogy részünkről a megszerzés befejezettsége teljes mértékben függetlennek tartjuk annak a harmadik személynek a tevékenységétől, vagy akarati, gondolati tartalmától, akinek a részére a megszerzés történik. Ennél fogva a tényállás megvalósulásához nem szükséges, hogy ez a harmadik személy előkészületi magatartást tanúsítson, elhatározza magát az első csoportba tartozó elkövetési magatartás tanúsítására, vagy a megszerzésről tudomással bírjon.”⁷³

A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint “Ha valaki mást harmadik személynek kereskedelmi célból szerez meg [...] szükséges, hogy a sértett jogellenesen kerüljön az elkövetőhöz.” (2000: 175. § 2. pont) Nézetünk szerint a fenti idézet szerzőinek részéről magyarázatot igényelt volna, hogy miért csak ezen elkövetési magatartás vonatkozásában volt szükség a jogellenesség elemének kiemelésére, és miért nem tartják azt lényegesnek az emberkereskedelem más fordulatainál. Az is tisztázást igényelt volna, hogy ebben a vonatkozásban szerintük mi a jogellenesség kifejezés jelentése: más büntetőjogi tényállás megsértése, nem büntetőjog szabály megsértése, vagy éppen materiális jogellenesség. Az első két esetben problematikus, hogy egyáltalán milyen alapon követelik meg a kommentár szerzői, az emberkereskedelemé mellett a más tényállás kimerítését, illetve nem büntetőjogi szabály megszegését. A harmadik esetben az is kérdéses, hogy mi indokolta ezen általános bűncselekmény fogalmi elem kiemelését, amely külön utalás nélkül is minden tényállás vonatkozásában a felelősség feltétele. Ha valamely jogellenességet kizáró ok speciális érvényesülése volt az indok, akkor inkább erre és az ezzel kapcsolatban a kommentár által látott esetleges problémára kellett volna utalni. Kérdéses egyébként is, hogy a tényállásszerű megszerzést milyen speciális körülmények tehetik egyáltalán jogszerűvé, amelyek külön említést igényelnének.

Részünkről is osztjuk a CD-Jogtár Btk. kommentárjának azon megállapítását, amely szerint “Ha valaki mást harmadik személynek kereskedelmi célból szerez meg, akkor is büntetendő, ha a megszerző egyébként semmilyen ellenszolgáltatást nem kér, illetve nem kap.” (2000: 175/B. § 2. pont)

A 175/B. § VI. fordulatának teljes megvalósulásának mozzanata vonatkozásában a kerítésnél kidolgozott tételek felhasználása nem hoz egyértelmű eredményt, mivel a megszerzés befejezettsége a Btk. 207. §-a vonatkozásában is vitatott (vö. *Bodgál/Pintér* 1981: 218.; *Nagy* 1999a: 300.; *Sinku* 2001a: 231.). Az ítélkezési gyakorlat szerint a “megszerzés létrejöttéhez a nemi közösülés vagy fajtalanság megtörténte nem szükséges”, a kerítés “befejezett már akkor, amikor az elkövető (a tettes) a harmadik személy

⁷³ A megszerzés tehát ebben vonatkozásban is objektív lehetőséget jelent.

számára a passzív alannyal való nemi cselekmény közvetlen lehetőségét létrehozza, megteremti.” (BH 1985. 51.) A jogirodalom többsége ugyanezen az állásponton van (Bodgál/Pintér 1981: 218-219.; Berkes: 1999g: 621.; Nagy 1999a: 300.), de pl. Sinku szerint ”a bűncselekmény befejezettségéhez a szexuális cselekmények megvalósítása szükséges” (2001a: 231.). Az emberkereskedelem vonatkozásában – a kerítéssel szemben – nyilvánvaló, hogy az első csoportba tartozó elkövetési magatartások (pl. eladás) más személy általi megvalósítása az elkövető célja, de semmiképpen sem magatartásának eredménye. Ennek következtében részünkről úgy véljük, hogy az emberkereskedelem tekintetében a megszerzés megvalósulásához nem szükséges, hogy a harmadik személy az eladás, stb. elkövetési magatartásait tanúsítsa.

Belovics szerint ”megszerzésre [...] se anyagi, sem más jellegű ellenszolgáltatás fejében nem kerülhet sor, mert ez esetben már más elkövetési magatartások, az adásvétel, avagy az ellenszolgáltatás fejében átadás valósul meg.” (2001a: 143.) A megszerzés általunk követett értelmezése szerint lehetséges ellenszolgáltatás ellenében megszerezni valakit, anélkül, hogy ezzel a tettes az emberkereskedelem másik öt elkövetési magatartását befejezett, vagy kísérleti szakaszba juttatná. Ennek oka, hogy ennek az elkövetési magatartásának az utolsó mozzanata, annak a lehetőségnek a megteremtése, hogy azon személy, akinek a megszerzés történik, a passzív alanyhoz közvetlenül hozzáférhessen. Nem eleme azonban az elkövetési magatartásnak a passzív alany neki történő átadása. Ennek következtében nézetünk szerint a megszerzés elkövetési magatartása valósul meg, ha a tettes a passzív alanyt valaki másnak az első csoportba tartozó elkövetési magatartás céljára ellenszolgáltatásért megszerezte, de még nem adta át, csak a közvetlen hozzáférés lehetőségét teremtette meg.

A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint a megszerzés ”valójában sui generis bűncselekményi tevékenység.” (2000: 175/B. § 2. pont, hasonlóan Belovics 2001a: 143.). Ilyen értelmezés mellett a megszerzés befejezettségéhez szükség van arra is, hogy az első öt fordulatba tartozó elkövetési magatartások legalább kísérleti szakba jussanak, hiszen a valódi bűncselekménynek is fogalmi eleme objektív oldalon a tettesi cselekmény megkísérlése (vö. Nagy/Tokaji 2001: 280.). Ha az első öt fordulat harmadik személy általi megvalósítását – ahogy részünkről is tettük – nem követeljük meg a megszerzés befejezettségéhez, ezen elkövetési magatartás legfeljebb *sui generis előkészületi* cselekményként jellemezhető.⁷⁴

A kerítés vonatkozásában: „A megszerzésnek más részére kell történnie, ebből következően, aki saját maga számára szerez meg valakit szexuális cselekményre, az elkövetési magatartást nem valósít meg.” (Sinku 2001a: 231., hasonlóan Nagy 1999a: 300.) Ez a tétel az emberkereskedelem vonatkozásában is megfelelően irányadó, de megjegyezhető, hogy az ilyen magatartás e deliktumnál büntetendő előkészület megállapításának alapul szolgálhat.

Úgy véljük nem túl elegáns, hogy a tényállás azt a személyt, akinek a részére a megszerzés történik a ”más” kifejezéssel jelöli, holott a fenti kifejezést már a passzív alany és az érte elcserélt személy vonatkozásában már kétszer alkalmazta. Az elcserélés kapcsán tett javaslatunkkal összhangban szerintünk szerencsésebb lenne, ha a

⁷⁴ Felhívjuk a figyelmet arra, hogy az adott bűncselekménynél az előkészület általános büntetni rendélése nem zárja ki bizonyos előkészületi magatartások *sui generis* bűncselekményként való (súlyosabb) büntetni rendelését [vö. Btk. 139. § (2) bek., illetve 139/A. § (1) bek.].

tényállás – rendhagyó megoldásként –, de úgy fogalmazna, hogy “e célra nem saját magának megszerez”.

c) Az eredmény

Belovics szerint: “Az emberkereskedelem *immateriális* bűncselekmény, a törvényi tényállás tehát eredményt nem tartalmaz.” (2001a: 143.) Nézetünk szerint a fenti megállapítás csak az első öt fordulat vonatkozásában helytálló, a megszerzés kifejezés ezzel szemben materiális bűncselekményt határoz meg, amelynek eredménye: a passzív alanyhoz való közvetlen hozzáférés lehetősége.

d) Egyéb az objektív tényállási elemekkel összefüggő kérdések

Ahogy *Vida* megjegyzi a bűncselekmény “[...] megvalósulása szempontjából közböbs az, hogy a passzív alany tudata átfogja-e, hogy sérelmére emberkereskedelem valósul meg, vagy ezzel kapcsolatban tévedésben van.” (1999: 157)

e) A sértett bejegyzése

A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint: „Megjegyzendő, hogy az ember jogai közé tartozik saját képességeinek, munkaerejének áruba bocsátása, és ebből következően az érintett személy bejegyzése esetén, – ha ő maga válik áruvá – általában hiányzik a jogellenesség. (Kiemelések – H. M.)” (2000: 175/B. § 1. pont) Anélkül, hogy a jogintézmény rendszeri helyének rendkívül bonyolult kérdésében általános érvennyel állást kívánnánk foglalni, megjegyezzük, hogy az emberkereskedelemnél a sértett bejegyzése – a jogtárgyra tekintettel – már a tényállásszerűséget kizárja.

3. A szubjektív tényállási elemek

a) A szándékosság speciális kérdései

Az emberkereskedelem csak szándékos elkövetés esetén büntetendő (vö. Btk. 10. §). Az eladás, megvétel, ellenszolgáltatás fejében való átadás, illetve átvétel, valamint az elcserélés egyenes és eshetőleges szándékkal is megvalósíthatók, míg az ezek céljára történő megszerzés – a célzatra figyelemmel – egyenes szándék meglétét feltételezi. (*Belovics* 2001a: 143.)

b) A célzat

Az alapeset elkövetési magatartásai közül az első öt fordulat nem célzatos bűncselekmény, de a megszerzés elkövetési magatartása csak meghatározott célból tanúsítva tényállásszerű (*Vida* 1999a: 157., *Belovics* 2001a: 143., CD-Jogtár Btk. kommentár 2000: 175/B. § 4. pont). A fenti felfogással szemben egyértelműen tévesnek tekinthető *Pallagi* azon megállapítása, hogy “célzatot, motívumot az alapesetben nem határoz meg a jogalkotó” (1999: 71.), hiszen a megszerzés elkövetési magatartása vonatkoz-

sában a tényállásban szereplő “e célra” kifejezés – ahogy láttuk – nem nagyon értelmezhető másként, csak célzatként.

A tényállás a célzatra egyes számban (“e célra”) utal, ennek alapján a Jogi Lexikon csak az elcserélés céljából történő megszerzést tartja az emberkereskedelem tényállásához tartozónak (1999: 171.) A jogirodalom többsége szerint viszont a megszerzés célja bármely az első csoportba tartozó elkövetési magatartás lehet (vö. “ezekből a célokból” (Vida 1999a: 157.); “a fentiek céljából történő megszerzés” (CD-Jogtár Btk. kommentár 2000: 175/B. § 2. pont).⁷⁵ Részünkről a többségi állásponthoz csatlakozunk, mivel az utóbbi – pusztán nyelvtani értelmezés – az első csoportba tartozó magatartások közötti teljesen indokolatlan különbségtételt jelent, és a más tényállások hasonló eleme [pl. Btk. 178. § (1) bek. III. fordulat] kapcsán kialakult felfogásokkal (pl. Vida 1999a: 180.) sincs összhangban.

A megszerzés célja tehát az első csoportba tartozó elkövetési magatartás *harmadik személy általi* megvalósítása.⁷⁶ Elhatárolásként megjegyezhető, hogy az olyan megszerzés, amely saját részre (a megszerző által való eladás stb.) céljára irányul befejezett (megkísérelt) emberkereskedelmet nem valósíthat meg, de minősülhet a bűncselekmény előkészületeként. [Btk. 175/B. § (6) bek.]

Vida szerint “[...] a másnak megszerzés esetében [...] szükséges, hogy megszerző célja átfogja a más személy emberkereskedelemmel kapcsolatos szándékát.” (1999: 157.) Ezzel kapcsolatban megjegyezzük, hogy azon személy eladásra, megvásárlásra, ellenszolgáltatás fejében átadásra-átvételtre, illetve elcserélésre irányuló szándékának nem kell a valóságban fennállnia, mivel az csak a megszerző célzatának a tárgya. Megemlítjük, hogy a megszerzés a célzatosság alapján is inkább tekinthető *sui generis* előkészületnek, mint tettesi bűncselekményként szabályozott bűnsegélynek. Hiszen a valódi előkészület is célzatos cselekmény (vö. Btk. 18. § (1) bek., Nagy/Tokaji 2001: 253.), ami a bűnsegélyről nem mondható el, amire utal az is, hogy ez utóbbi a tettesi alapbűncselekmény vonatkozásában eshetőleges szándékkal is elkövethető (vö. Nagy/Tokaji 2001: 286., Losonczy 1966: 351. p. és ott a 113. jegyzetben idézett irodalom).

4. A stádiumok tana

a) A bevégeztség nem különül el a befejezettségtől

A bűncselekménynél a befejezettség és a bevégeztség stádiuma nem különül el. Az eladás, megvásárlás, illetve az ellenszolgáltatás fejében átadás-átvétel vonatkozásában a pénz, illetve a más ellenszolgáltatás – az ember átadása (átvétele) utáni – teljesítése nem érinti a bűncselekmény befejezettségét. Ez nyilvánvaló, ha figyelembe vesszük,

⁷⁵ Ebben a vonatkozásban nem teljesen pontos az “emberkereskedelmi célból történő” megszerzés kifejezés (BELOVICS 2001a: 143.), mivel a megszerzés is emberkereskedelem.

⁷⁶ A CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint: “Ha valaki mást harmadik személynek kereskedelmi célból szerez meg [...] szükséges, hogy [...] egyidejűleg alanyi oldalon fennálljon az értékesítési célzat.” (2000: 175/B. § 2. pont) Ezzel kapcsolatban szükséges kiemelni, hogy a megszerző célzatának *más általi* “értékesítésre” kell irányulnia.

hogyan az ellenszolgáltatás nem a jogtárgy-sértéssel, hanem csak a büntetésérdemlőséggel van kapcsolatban.⁷⁷

b) A kísérleti stádium⁷⁸

ad *ba*) *Belovics* szerint “Kísérleti szakba az adás-vételi, az átadás-átvételi, illetve elcserélési megállapodások megkötésével lép a bűncselekmény [...]” (2001a: 143.). A fenti felfogás az ellenszolgáltatás fejében átadás-átvétel vonatkozásában nyilvánvalóan tarthatatlan. Az átadásban és az átvételben való megállapodás, nyilvánvalóan nem tekinthető ezen elkövetési magatartások elemének, így nem lehetséges kísérletkénti minősítése sem (vö. Btk. 16. §). Ellenkező esetben a Btk. bármely elkövetési magatartásában való megállapodás kísérleti minősítés alá eshetne, holott nyilvánvalóan csak előkészület [vö. 18. (1) bek. V. fordulat]. Az adásvétel és az elcserélés vonatkozásában a polgári jogi kategóriákat segítségül hívó értelmezés *Belovics* nézetét támasztja alá. Hiszen ezen szerződések – mint láttuk – már a megegyezéssel létrejönnek. Ennek analógiájára a megállapodás mozzanata az adásvétel és a csere elkövetési magatartásának megkezdését jelenti. Azonban ebben az esetben a polgári jogi kategóriákat segítségül hívó értelmezésnek meg kell hátrálnia azon interpretáció mögött, amely az egyes fordulatok egymáshoz való viszonyán alapul. Eszerint az adásvétel és a csere elkövetési magatartásainak megalkotásával nem az volt a célja a jogalkotónak, hogy a büntetőjogi felelősséget – akár a kísérleti szak tekintetében – előbbre hozza. Ennek megfelelően viszont az eladás, a megvásárlás és a csere is csak azonos mozzanattal léphet a kísérleti szakba, mint az ellenszolgáltatás fejében átadás-átvétel.

ad *i-ii*) A pénzbeli ellenszolgáltatás – az ember átadása (átvétele) előtti – teljesítése, elfogadása nem keletkeztethet kísérleti szakot. Ez nyilvánvaló, ha figyelembe vesszük azt a kisegítő elvet, hogy vitás esetben a kísérlet és előkészület elhatárolásánál a jogtárgyat fenyegető veszély foka az irányadó (vö. *Tokaji* 1984: 305.).⁷⁹ Az ellenszolgáltatásnak viszont, ahogy kifejtettük – nem a jogtárgy-sértéséhez, hanem csak a büntetésérdemlőséghez van köze. Az adásvétel és az ellenszolgáltatás fejében átadás-átvétel esetén a kísérlet tehát fogalmilag nem kizárt, de gyakorlatilag elenyésző jelentőségű, mivel az átadás vagy az átvétel közvetlen megkezdését, de be nem fejezését jelentő cselekményekre korlátozódik.

ad *iii*) Az elcserélés vonatkozásában a cselekmény a kísérleti szakba lép, ha a tettes az egyik passzív alany vonatkozásában megkezdte a cselekménye tanúsítását, egészen addig, amíg a másik vonatkozásában még nem fejezte be a másikat. Ennek oka, hogy a csere két rész-cselekményének mindegyike érinti a jogtárgyat.

⁷⁷ A befejezettség és bevégezethezesség elkülönítésére és a jogtárgy sértés ebben a vonatkozásban játszott szerepére ld. NAGY/TOKAJI 2001: 264–265.

⁷⁸ A CD-jogtár Btk. kommentárja szerint “Előfordulhat, hogy a sértettnek az előkészületi szakaszon túljutott cselekmény esetén sikerül az átadás, átvétel, elcserélés illetve megszerzés előtt megszökni, avagy a fenti magatartások kívülről ok miatt megghiúsulnak. Ilyen esetekben az emberkereskedelem kísérlete (Btk. 16. §) jön létre.” (2000: Btk. 175/B. § 5. pont) A fenti idézet tehát elismeri a kísérlet lehetőségét, de annak megállapítása szempontjából nem sok információt nyújt.

⁷⁹ A nyitott törvényi tényállásokra, mint vitás esetekre korlátozva TOKAJI 1984: 313., illetve NAGY/TOKAJI 2001: 284.

ad *bb*) A kerítés vonatkozásában a megszerzés a kísérleti szakba lép, ha az elkövető a felek összehozása érdekében érintkezésbe lép a passzív alannal (*Berkes* 1999a: 621.), pl. megkezdí a passzív alany rábírására való célzatos törekvést (*Bodgál/Pintér* 1981: 219.; hasonlóan *Nagy* 1999a: 300.) Az ítélezési gyakorlat elhatárolása szerint a “[...] megszerzés [...] még a kísérleti szakba sem jut, ha az elkövető az általa kiszemelt passzív alannal a kapcsolatot még nem vette fel, s az a szándékolt nemi cselekményről még nem szerzett tudomást” (BH 1985. 51., egyetértően hivatkozik rá: *Nagy* 1999a: 300.; *Berkes* 1999a: 621.), Az ítélezési gyakorlat szerint “nem [...] kerítés büntetetté [...] valóítja meg, aki [...] az üzletszerű kéjelgésből élő nők és az alkalmi nemi partnerek kapcsolatának a kialakításában” nem működik közre, mivel “az elkövető az alkalmi nemi partnerek egyikével [...] semmiféle [...] kapcsolatba nem kerül [...]” (BH 1997. 6.) Ez a felfogás az emberkereskedelemre is irányadó.

c) Az előkészület

A bűncselekmény előkészületét a törvény büntetni rendeli [Btk. 175/B. (6) bek.]. A miniszteri indoklás furcsa mód egy szót sem veszteget ennek igazolására, annak ellenére, hogy e stádium pónalizálása a magyar büntetőjogban kivételesnek tekinthető [vö. Btk. 18. § (1) bek.]. *Kiss* szerint a bűncselekmény “jelentős tárgyi súlyára tekintettel indokolt [...] az előkészület [...] büntetendővé tétele” (1999d: 476.). Nézetünk szerint a bűncselekmény súlya önmagában nem lehet *elégséges* indoka az előkészület büntetni rendelésének. Ellenkező felfogás nem tudja megindokolni, hogy miért nincs az előkészület büntetni rendelve az apartheid tíz évtől tizenöt évig terjedő, vagy életfogytig tartó szabadságvesztéssel büntetendő bünteténél [vö. Btk. 157. § (1) bek.], és miért van olyan három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő bűncselekmények⁸⁰ esetén, mint pl. a közokirat-hamisítás [Btk. 274. § (1) bek. a) pont], az emberi test tiltott felhasználása [173/I. § (1) bek.],⁸¹ illetve az embercsempészség [Btk. 218. § (2) bek.]⁸² ez a stádium pónalizálva [vö. Btk. 274. § (2) bek.,⁸³ 173/I. § (4) bek. I. fordulat, 218. § (4) bek.]. A bűncselekmény alapesete és első minősített esete [vö. Btk. 175. § (1)-(2) bek.] egyébként vonatkozásában egyébként is nehéz a bűncselekmény súlyára hivatkozni, mivel három évig, illetve egytől öt évig terjedő szabadságvesztés a magyar Btk. – utóbbi időben többször megemelt – büntetési tételei között egyáltalán nem számít magasnak.

Vida szerint “Előkészületi magatartásként elsősorban annak a másik elkövetőhöz intézett verbális változatai jöhetnek figyelembe (pl. felhívás az eladásra-megvásárlásra, megállapodás a cserében). A feltételekhez szükséges vagy azt könnyítő változat megvalósulhat a sértett megtevesztésével (pl. munkaszerződés ajánlásával leplezett cselekménnyel), vagy más bűncselekménynek az emberkereskedelem céljával való elköveté-

⁸⁰ Sőt az embercsempészség 1997:LXXIII. törvény 29. §-a által megállapított tényállásában (hatályos: 1997 IX. 15–1999. III. 1.) a (2) bekezdésben meghatározott alapeset büntetési tétele két évig terjedő szabadságvesztés volt, de az előkészülete akkor is büntetendőnek minősült.

⁸¹ Beiktatta: 1998:XXII. törvény 2. §. Hatályos: 1998. VII. 1-től.

⁸² Megállapította 1998:LXXXVII. törvény 52. §. Hatályos: 1999. III. 1-től.

⁸³ Beiktatta: 1996:LII. törvény 5. §. Hatályos 1996. VIII. 15-től.

sével is (pl. a sértett személyi szabadságának megsértésével [...]).” (1999a: 157) Érdemes megemlíteni, hogy ha a sértett személyi szabadságának megsértése más személy általi eladás céljából való megszerzést jelent befejezett bűncselekményként minősül. Azonban, ha valaki mást pl. eladás céljából *saját részére* megszerez az előkészületnek minősülhet. Kiss szerint előkészületnek “tekinthető az ember adásvételére vonatkozó megállapodás megkötése, vagy a vagyoni előny átadása(átvétele) is.” (1999d: 476.)

5. Az elkövetők

a) A tettesség és részesség

A tettesség és részesség kérdései az emberkereskedelem vonatkozásában az általános részi szabályok szerint alakulnak. Érdemes azonban utalni a következőkre:

aa) *Belovics* szerint “Az eladó és a vevő[,] az ellenszolgáltatásért átadó és az átvevő, valamint a cserélők önálló tettesekként felelnek. Amennyiben azonos elkövetési magatartást legalább ketten, egymás tevékenységéről tudva közösen valósítják meg, *társtettség*ről van szó.” (*Belovics* 2001a: 143.) *Belovics* tehát az emberkereskedelem vonatkozásában azt a szükségképpen többes közreműködés vonatkozásában kialakult – korántsem egyöntetűen elfogadott – általános részi tételt érvényesíti, amely szerint a találkozó bűncselekmények két pólusán álló, a tényállást megvalósító személyek önálló és nem társtettesek. (így pl. *Nagy/Tokaji* 2001: 277.; ellenkezően pl. *Losonczy* 1966: 182.)⁸⁴ Azonban *Belovics* helyesen veszi figyelembe a bűncselekmény sajátos természetét, amely szerint az emberkereskedelemnél – a találkozó bűncselekmények iskolapéldáitól a vérfertőzéstől (Btk. 203. §) és a kettős házasságtól (Btk. 192. §)] eltérően – az elkövetési magatartás megvalósításában *annak* egy oldalán is több személy is közreműködhet. *Ebben a vonatkozásban* pedig a tényállás szükségszerű többes közreműködésű jellege semmi esetre sem szolgálhat hivatkozási alapul a társtettséget tagadó felfogás számára.

ab) Az általános szabályoknak (vö. pl. *Nagy/Tokaji* 2001: 281.) megfelelően a passzív alany (akinek a védelmére a tényállás irányul) az emberkereskedelem vonatkozásában sem lehet a bűncselekmény részese.

ac) A kerítés vonatkozásában régóta vitatott kérdés, hogy felbujtóként, illetve bűnszolgaként büntetendő-e, akinek a részére a megszerzés történik, ha a kerítőt erre rábírja, vagy neki ehhez segítséget nyújtott (mellette: pl. *Bodgál/Pintér* 1981: 219.; *Berkes* 1999a: 621.; ellene: pl. *Nagy* 1999: 300.; *Sinku* 2001a: 232.) Ez a probléma az emberkereskedelem vonatkozásban is felmerül, és azt nézetünk szerint azzal együtt is a kerítés mintájára kell eldönteni, hogy az a cselekmény (pl. eladás), aminek a más személy általi tanúsítására a megszerzés irányul, az emberkereskedelemnél ugyanezen tényállás más elkövetési magatartása alapján büntetendő, míg a kerítésnél (a fajtalanság vagy közösülés) önmagában nyilvánvalóan nem bűncselekmény.

⁸⁴ A rendkívül bonyolult kérdés általános érvényű megválaszolására e tanulmányban természetesen nincs módunk. A nézetek áttekintésére ld. TOKAJI 1984: 356–357. p. és az 560–564. lj-ek.

b) A bűnkapcsolatok⁸⁵

Az 1998:LXXXVII. törvény 42. §-a módosította a személyi szabadság megsértése bűncselekményének tényállását. Ennek keretében a Btk. 175. § (2) bekezdéseként a következő rendelkezést állapította meg: *“Aki emberkereskedelemmel összefüggésben megszerzett és a személyi szabadságától megfosztott sértett személyi szabadságának megfosztását fenntartja, és a sértettet munkavégzésre kényszeríti, büntetett követ el, és két évtől nyolc évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.”*⁸⁶ A következőkben a 175. § (2) bekezdésével kapcsolatos számos jogértelmezési probléma közül csak azokat emeljük ki, amelyek a tényállás emberkereskedelemmel való kapcsolatát érintik.⁸⁷

Az emberkereskedelemmel összefüggésben megszerzettség tartalmát tekintve a törvénynek alapvetően háromféle értelmezése lehetséges. Az egyik szerint e fogalom a Btk. 175/B. (1) bekezdés VI. fordulatával azonos, amely szerint ilyenkor a passzív alanyt a más személynek szerezték meg azért, hogy az első csoportba tartozó elkövetési magatartást tanúsítson vele szemben (pl. eladja). A másik – nem ilyen szűk – értelmezés szerint az *“emberkereskedelemmel összefüggésben”* történt megszerzés *a fentiek mellett* lefedi mindazt a megszerzést, ami Btk. 175/B. (1) bekezdésébe tartozó bármely elkövetési magatartás (jellemzően a megvásárlás, ellenszolgáltatásért átvétel, más személyért elcserélés) során történik. A harmadik – ennél is tágabb – értelmezés szerint vitathatatlanul az emberkereskedelemmel összefüggésben álló magatartás a bűncselekmény előkészülete is [Btk. 175/B. § (6) bek.], így az annak körében történő megszerzések (pl. saját maga számára eladási céllal) is relevánsak a Btk. 175/B. § (2) bekezdése szempontjából.

A vizsgált rendelkezés megvalósulásához – nézetünk szerint – nem szükséges, hogy annak tettese (vagy részese) a passzív alannal kapcsolatban az emberkereskedelem elkövetője legyen, természetesen azonban ezen eshetőség sem kizárt, sőt nyilvánvalóan meglehetősen gyakori. Ennek oka, hogy az emberkereskedelemmel *összefüggésben* való megszerzettség nem elkövetési magatartásként, hanem a sértett (egyben passzív alany)⁸⁸ speciális tulajdonságaként szerepel a Btk. 175. § (2) bekezdésében. Egyébként a Btk. 175. § (2) bekezdés nem emeli ki külön, hogy a sértettet a tettesnek kell megszereznie.

A Btk. 175. § (2) bekezdés szerinti tényállás akkor is megvalósul, ha az emberkereskedelem akár egyetlen egy elkövetője sem büntethető *e bűncselekmény miatt*, akár bűnösséget kizáró okból, vagy azért, mert büntethetőségük a 175/B. § (2) bekezdés szerinti elkövetési magatartások idejére (pl. halál, vagy elévülés miatt) megszűnt (ez

⁸⁵ A bűnkapcsolatok és az elkövetői alakzatok viszonyára ld. Nagy/Tokaji 2001: 293.; Losonczy 1966: 5.

⁸⁶ Ezen rendelkezés beiktatását az 1998:LXXXVII. törvény 42. §-ához fűzött miniszteri indokolás a következő – meglehetősen formális – megállapítással kívánta igazolni: *“A módosítás [...] arra irányul, hogy értékelést kapjon az az eset, amikor valaki emberkereskedelem révén hozzákérült, személyi szabadságától megfosztott személyt továbbra is rabságban tartva munkára kényszerít.”*

⁸⁷ A személyi szabadság megsértésének (1) bekezdésben megfogalmazott alakzatával való kapcsolat elemzése külön tanulmányt igényelne, különös tekintettel arra a kérdésre, hogy a (2) bekezdés minősített eset (így VIDA 1999: 149.; PALLAGI 1999: 65–66.; BELOVICS 2001a: 137.; CD-Jogtár Btk. kommentár 2000: 175. § 7/a. pont), vagy sem.

⁸⁸ A két fogalom összefüggésére ld. NAGY/TOKAJI 2001: 146.

utóbbi nem túl gyakori eset). A Btk. 175. § (2) bekezdés akkor is alkalmazható, ha csak az emberkereskedelem ténye bizonyítható, a benne résztvevők kiléte nem.

Nézetünk szerint a tényállás megvalósulásához a passzív alanynak a munkavégzésre kényszerítéskor kell a személyi szabadságától megfosztva lenni, az nem szükséges, hogy az emberkereskedelemmel összefüggésben megszerzés időpontjában is meg legyen fosztva személyi szabadságától. Ebből következően a bűncselekmény nem csak az emberkereskedelem azon minősített eseteihez kapcsolódhat, amelyek személyi szabadságától megfosztott sértett sérelmére lettek elkövetve. [vö. 175/B. § (2) bek. a) pont]

A Btk. 175. (2) bekezdésébe ütköző magatartást tanúsító tettesnek az elkövetési magatartások (személyi szabadság fenntartása és a munkavégzésre kényszerítés) során tisztában kell lennie azzal, hogy a sértettet emberkereskedelemmel összefüggésben szerezték meg.

A Btk. 175. § újonnan beiktatott (3) bekezdésének második tétele szerint *“A büntetés [...] a (2) bekezdés esetén öt évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés, ha a bűncselekményt [...] a) aljas indokból vagy célból, [...] b) hivatalos eljárás színlelésével, [...] c) a sértett sanyargatásával, [...] d) jelentős érdeksérelmet okozva, [...] e) a tizennyolcadik életévét be nem töltött személy sérelmére [...] követik el.”* A tizennyolcadik életévét be nem töltött személy sérelmére való elkövetésre tekintettel kialakított minősítő körülmény beiktatását az 1998:LXXXVII. törvény 42. §-ához fűzött miniszteri indoklás szerint *“[...] ezen alanyi kör fokozottabb védelme, másrészt az indokol[ta], hogy így kerül[t] összhangba a rendelkezés az emberkereskedelemnél is érvényesített szempontokkal.”*

6. Egység-többség (halmazat)⁸⁹

“Az emberkereskedelem a sértettek száma szerint minősül bűnhalmazatként.” (Vida 1999a: 158.). Nézetünk szerint a fenti szabály alóli kivétel az elcserélés, amely esetében – szerintünk – a két sértett ellenére is csak egyrendbeli bűncselekményt kell megállapítani. Ez támasztja alá a családi állás megváltoztatásában szereplő kicserélés kapcsán kialakult értelmezés (vö. Nagy 1999a: 253.) emberkereskedelemre való analóg alkalmazása. Nincs akadálya azonban annak, hogy csere esetén a jogtárgy kétszeres sérelmét az adott büntetési tétel keretei között súlyosítóként értékeljük.

7. A minősítés rendszere és az egyes minősítő körülmények⁹⁰

A Btk. 175/B. §-ának minősítési rendszere – más bűncselekményeknél (pl. magzatelhajtás [Btk. 169. § (2), illetve (3) bek.]) megszokott módon – különböző súlyú minősítő körülményeket különböztet meg. A kisebb súlyúak a (2) bekezdésben, a nagyobb súlyúak a (3) bekezdés b)-c) pontjaiban szerepelnek. A bűncselekmény többi

⁸⁹ A tanulmány nem tárgyalja az emberkereskedelem más bűncselekményekkel való halmazatát.

⁹⁰ Úgy véljük nem a legszerencsésebb, sőt egy egyetemi tankönyvként íródott műben (vö. BÉKÉS 2001: 17.) kifejezetten kifogásolható, hogy BELOVICS az emberkereskedelem minősítési rendszerével kapcsolatban a következő megfogalmazást használja: *“A további súlyosító körülmények (sic!) az előbbiekből felsorolt minősítő tényezőkön alapulnak.”* (2001a: 144.) A minősítő- és a súlyosító körülmények fogalmi elkülönülése ugyanis a magyar büntetőjogban már a törvény terminológiájában is határozottan jelenkezik (vö. Btk. 15. § és 83. §), és a bírói gyakorlat [vö. Bk 154. sz. I. pont] és az elmélet által (vö. pl. NAGY 2001c: 423.) is aggálytalanul elismert.

minősített esete [(3) bek. a) pont; (4)-(5) bek.] ezen minősítő körülmények különféle kombinálódásán alapul.

A 175/B. § (3) bekezdés a) pontja bármely kettő – a (2) bekezdésében szereplő – minősítő körülmény megvalósulásához még súlyosabb büntetési tétel szerinti elbírálást fűz. Ez a CD-Jogtár Btk. kommentárja szerint: „Különös Rész [...] szabályaihoz képest *sajátos megoldás* (Kiemelés – H. M.)” (2000: 175/B. § 6. pont). Vizsgáljuk meg, hogy a Btk. 175/B. § (3) bekezdés a) pontja mennyiben tér el a Btk. más tényállásainál alkalmazott megoldásoktól. A magyar büntetőjogban a kétszeres minősülés általában súlyosító körülmény (vö. Nagy 2001: 423.), azaz nincs minősítési relevanciája. A Btk. egyes tényállásai (pl. hivatalos személy által elkövetett vesztegetés [vö. Btk. 250. § (3) bekezdés második tétel],⁹¹ az erőszakos nemi bűncselekmények [Btk. 197. § (3) bek., 198. § (3) bek., 200. § (3) bek.]⁹² azonban – ugyan az emberkereskedelemétől eltérő kodifikációs technikával, de – magasabb büntetési tétel szerinti elbírálást kapcsolnak *bizonyos*, azonos súlyú minősítő körülmények kétszeres kombinálódásához. Ezekhez képest az emberkereskedelem minősítési rendszerének novuma csak abban áll, hogy e bűncselekménynél nem csak bizonyos, hanem bármelyik kettő a (2) bekezdésében szereplő minősítő körülmény kombinálódásának a büntetési tételre kiható jelentősége van.

A törvény a (3) bekezdés b) és c) pontban szereplő minősítő körülmények megvalósulását azonos büntetési tétellel fenyegeti, mint bármely két a (2) bekezdésben szereplő tényezőét. Ez a megoldás sem szokatlan a magyar büntetőjogban. Másféle tényállás szerkesztéssel, de lényegében hasonló megoldást tartalmaznak egyes vagyoni és gazdasági bűncselekmények (pl. lopás [vö. Btk. 316. § (5) bek. a) és b) pont], devizabűncselekmény [Btk. 309. § (3) bek. a) és b) pont] tényállásai. Az emberkereskedelem minősítési rendszerétől való eltérés az utóbbi bűncselekményeknél – a kombinációk már említett korlátozottsága mellett – csak abban áll, hogy a különböző fokozatú minősítő körülmények egy része kvantitatív viszonyban áll. Ha a bűncselekmény különböző súlyú minősítő körülményeit ún. minősítő értékkel jellemezzük, akkor a (3) bekezdés szabályozásából olyan következtetés vonható le, hogy az utóbbi bekezdés b) és c) pontban szereplő minősítő körülmények pontosan kétszer olyan erősek, mint a (2) bekezdésben szereplők, így minősítő értékük – a (3) bekezdés egészével egyezően – kettő.

A (4) bekezdés a) pontja bármely három – a (2) bekezdésében szereplő – minősítő körülmény megvalósulását még súlyosabb büntetési tétellel fenyegeti. Ez a megoldás valóban „sajátos” (vö. CD-Jogtár Btk. kommentár 2000: 175/B. § 6. pont), sőt egyedülálló a Btk.-ban, ugyanis három azonos súlyú minősítő körülmény együttes fennállása semelyik más bűncselekménynél nem képez minősített esetet.

⁹¹ A konstrukció már a Btk. megalkotásától kezdve ilyen, az 1987: III. törvény 20. §-a ezen csak annyit változtatott, hogy kibővítette a (3) bekezdésben szereplő minősítő körülmények felsorolását az üzletszerűen és a bűnszövetségben történő elkövetéssel. A hatályos tényállás minősített eseteinek rendszerére nézve ld. VIDA 1999b: 386–388.

⁹² A Btk. 200. § (3) bekezdésében szereplő az 1997. évi LXXIII. törvény 24. § általi módosítás következtében megjelenő nyilvánvaló és súlyos elírás korrekciója az 1998. évi LXXXVII. törvény 51. §-a általi módosítással történt meg.

⁹³ Módosítás: 1997: LXXIII. törvény 22., 23. és 24. §§.

A (4) bekezdés b) és c) pontja egy-egy a (2) bekezdésben és egy-egy a (3) bekezdés b) és c) pontjaiban szereplő minősítő körülmény kombinálódását szankcionálja súlyosabban. A (4) bekezdés “minősítési értéke” három. A Btk.-ban egyébként nem szokatlan, hogy (bizonyos) *különböző súlyú* minősítő körülmények kombinálódása *még magasabb büntetési tételű* tényállás alá vonja a cselekményt (pl. a levéltitok megsértése [Btk. 178. § (3) bekezdés b) pont, tekintettel a (2) bekezdésre, illetve a (3) bekezdés a) pontjára].⁹⁴ Nem minden minősítő körülmény kombinálódására korlátozva ugyanilyen szabályozást tartalmaz a szökés tényállása [Btk. 343. § (4) bekezdés I-III. fordulat, tekintettel a (2) illetve a (3) bekezdésre].

Az (5) bekezdésben a) és b) pontja három a (2) bekezdésben, valamint egy a (3) bekezdés b), illetve c) pontjaiban szereplő minősítő körülmény kombinálódását rendeli súlyosabban büntetni. Az (5) bekezdés “minősítési értéke” öt és nem pedig – mint azt a (4) bekezdéshez képest várni lehetne – négy. Erre tekintettel sem került sor feltehetően arra, hogy ebben a rendelkezésben a jogalkotó a (2) bekezdés a)-d) pontjaiban szereplő körülmények mindegyikének megvalósítását (azaz a négyszeres minősülést) is további minősített esetként értékelje. A Btk. 175/B. § (4) és az (5) bekezdés büntetési tételei között meglehetősen nagy szakadék tátong. A Büntető Törvénykönyvet általában az jellemezi, hogy az alap és a különböző minősített eseteket közvetlenül egymásra következő büntetési tételek jellemzik, az ettől való eltérés sem ismeretlen azonban a Btk.-ban, pl. szökés [Btk. 343. § (2) bek., illetve (3) bek.]; kötelességszegés szolgálatban [Btk. 348. § (1) bek., (2) bek. I. fordulat, (3) bek.]. Ezen deliktumoknál azonban egy olyan különös súlyú minősítő körülmény (a külföldre szökés, a szolgálatra jelentős hátrány veszélye, a harchelyzetben különösen nagy hátránnyal járó elkövetés) indokolja a büntetési tételek közötti ugrást, addig az emberkereskedelemnél csak már ismert tényezők kombinálódásáról van szó. Ennek viszont akkor is túlzás *akkora* büntetési tétel növelő hatást tulajdonítani, ha az (5) bekezdés minősítő értéke öt.

A bűncselekmény minősítési rendszere tehát összességében számos ponton különbözik a Btk. más bűncselekmények esetében alkalmazott megoldásától. Nézetünk szerint ezek az eltérések nehezen indokolhatóak az emberkereskedelem sajátosságaival, a 175/B. § (3)-(5) bekezdései inkább egy új minősítési rendszer kísérleti példányának (prototípusának) tekinthetők. Azonban nézetünk szerint a büntető kódex minősítési rendszerének kialakítása – bár az egyes tényállások sajátosságai által befolyásolt, de alapvetően – koncepcionális kérdés. Az ilyen pedig csak az egész különös részre kiható (novelláris módosítás, vagy az új Btk. megalkotása keretében) lehet a jogalkotónak megoldani, és nem ilyen *ad hoc* módon, a Btk. amúgy is megbomlott egységét⁹⁵ tovább rombolva.

Az egyes minősítő körülmények értelmezése vonatkozásában a következőket jegeznénk meg:

⁹⁴ Módosította: 1993: XVII. törvény 40. §. Hatályos: 1993. V. 15-től.

⁹⁵ Az Általános Rész tekintetében utal a rendszer megbomlására MARGITÁN is, idézi Wiener 2000: 48.

a) A személyi szabadságtól megfosztott személy sérelmére

Belovics szerint a 175/B. § (2) bekezdésének a) pontjában meghatározott “ [...] minősítő körülmény fennáll, ha a passzív alanynak nincs mozgási vagy helyváltoztatási szabadsága.” (2001a: 143.)

A bűncselekmény alapesetéhez hasonlóan (vö. 1. pont) a Btk. 175/B. § (2) bekezdés a) pontjában meghatározott minősített esetnek sem jogi tárgya a személyi szabadság.

A személyi szabadságtól való megfosztottság a passzív alany speciális állapota, nem elkövetési magatartás. Ennek következtében ez a minősítő körülmény – nézetünk szerint – nem az emberkereskedelem és a személyi szabadság megsértése közötti törvényi egység (összetett bűncselekmény).

A minősítő körülmény akkor is megvalósul, ha az emberkereskedelem elkövetője semmiféle elkövetői minőségben nem működik közre a személyi szabadság megsértésében.

Jogeset 1. *V* a falujához közeli erdőt járva az egyik addig magányosan élő remete, *R* kunyhójában egy több napja bezárva tartott idegen kisgyerekre (*S*) lesz figyelmes. Feltételezve, hogy *R* nem fog bejelentést tenni a gyermek eltűnése miatt, megegyezik az esetenként emberkereskedelemmel is foglalkozó *E*-vel, a gyermek eladásában. *V* elmondja *E*-nek, hogy *Sz* mikor van távol a kunyhójától. *E* ezt kihasználva magához veszi a gyereket és eladja őt a koldusmaffia “begyűjtő” emberének.

Nézetünk szerint *V* a 175/B. § (2) bekezdésének a) pontja szerint minősülő emberkereskedelem miatt felel, mivel személyi szabadságától megfosztott személy sérelmére követte el a bűncselekményt. Ezzel szemben a személyi szabadság megsértésében semmiféle elkövetői minőségben nem működött közre, hiszen sem tevőlegesen nem zárta be *S*-t, sem nem volt speciálisan (pl. nem büntetőjogi szabály által) kötelezve annak kiszabadítására. (Vö. *Vida* 1999a: 143-144.; *Nagy/Tokaji* 2001 148.)

A minősítő körülmény megvalósulásához – nézetünk szerint – nem szükséges, hogy a passzív alanyt a Btk. 175. § szerinti tényállásnak megfelelően fosszák meg a személyi szabadságától. Ezt az értelmezést támasztja, hogy a Btk. 175/B. § (2) bekezdésének a) pontja nem a 175. § szerinti büntett elnevezését, hanem csak annak eredményét említi, valamint, hogy nem is tartalmaz § szám szerinti hivatkozást a személyi szabadság megsértésének büntetétére. A minősítő körülmény értelmezéséhez a *Pallagi* (71.), illetve a CD-Jogtár Btk. kommentárja (2000: 175/B. § 6. pont) a 175. §-hoz fűzött magyarázatokra utal. Ez azonban nézetünk szerint nem azt jelenti, hogy a fenti művek a 175. §-ban meghatározott tényállás teljes megvalósítását megkövetelnék a Btk. 175/B. § (2) bekezdésének a) pontjának megvalósulásához, hanem a kommentárokból, különös részi tankönyvekben szokásos módszert alkalmazzák, hogy olyan fogalmakat, amelyek több tényállásnál szerepelnek csak egyikük rendelkezésénél magyaráznak meg, a többi esetben pedig csak a már előzőekben kifejtettekre utalnak.⁹⁶

K kertész észreveszi, hogy megbízója *M* véletlenül rázárta a garázsajtót *SZ*-re. *K* a nőt – bosszúból az eddig tőle kapott megaláztatásokért – nem engedi ki, sőt munkaideje letel-

⁹⁶ Ezt az értelmezést támasztja alá, hogy PALLAGI a közösülés fogalma vonatkozásában az erőszakos közösülésre utal (71.), márpedig nyilvánvaló, hogy nemcsak a Btk. 197. § alá tartozó közösülés lehet a 175/B. § (2) bekezdésének d) pontja szerinti cselekmény célja. Vö. d) pont.

tével a kocsmában megkérdezi barátját T-t, hogyan tudna bosszút állni SZ-en. T azt tanácsolja, hogy szerezze meg SZ-t, a prostituáltakat külföldre közvetítő E-nek. K így is tesz, a garázshoz hívja E-t, aki azonban nem hajlandó erre.

M nyilvánvalóan nem felel személyi szabadság megsértése miatt, addig amíg nem jön rá, hogy bezárta SZ-t. K azonban, aki nem felel a Btk. 175. §-ában szereplő bűncselekmény miatt, tette az emberkereskedelem a Btk. 175/B. § (2) bekezdésének a) pontjára tekintettel minősülő esetének. Ez utóbbiban T felbujtói bűnrészes, E pedig emberkereskedelem előkészülete miatt sem büntethető.)

Nézetünk szerint az emberkereskedelem ezen minősített esete valósul meg akkor is, ha a passzív alany megfosztása személyi szabadságától a 175. § vonatkozásában tényállás-szerű, de nem jogellenes.

Jogeset 2. C lekötözi öngyilkosságra készülődő dührohamot kapott elmebeteg hozzátartozóját S-t. A hosszabb ideig tartó roham alatt C gondol egyet és eladja a megkötözött S-t az arra járó vándorcirkusznak.

Ilyen esetekben C nem felel a személyi szabadság megsértése miatt (vö. *Vida* 1999a: 145.; *Pallagi* 1999: 65.; *Belovics* 2001a: 136.). Véleményünk szerint felelősségét tkp. a jogellenességet kizáró végszükség [Btk. 30. § (1) bek.] zárja ki.⁹⁷ A fenti esetben azonban nézetünk szerint semmi sem indokolja, hogy C-t ne a Btk. 175/B. § (2) bekezdésének a) pontjára tekintettel minősülő emberkereskedelem miatt vonjuk felelőségre.

Az emberkereskedelem vonatkozásában a bevégeztség akkor sem különül el befejezettségtől, ha a bűncselekményt személyi szabadságától megfosztott sértett sérelmére követik el. Ez következik azon felfogásunkból is, hogy a 175/B. § (2) bekezdésének a) pontja nem az emberkereskedelem és a személyi szabadság megsértésének törvényi egysége.

b) A tizennyolcadik életévét be nem töltött személy sérelmére⁹⁸

E “minősítő körülmény szempontjából a passzív alany életkorának van jelentősége, és irreleváns, hogy a polgári jog szabályai szerint esetleg már nagykorúnak tekintendő. Az elkövetőnek ugyanakkor tisztában kell lennie azzal, hogy a passzív alany a törvényben meghatározott életkornál fiatalabb.” (*Belovics* 2001a: 144.)⁹⁹

Érdemes rámutatni arra, hogy a GyJE – már idézett – 35. cikkéből nemcsak a gyermekkereskedelem büntetni rendelésére, hanem az egyébként is büntetendő emberkereskedelem ilyen korú sértett ellen történő elkövetésének fokozott szankcionálására sem ered kötelezettség a nemzeti jogalkotó számára. Ugyanakkor ilyen jellegű szabályozás beletartozhat a gyermekek védelmére irányuló *különleges intézkedések* körébe, amelyek mind nemzetközileg [vö. pl. EJENy, PPJNE 24. Cikk 1. bek, Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya¹⁰⁰ (kihirdette: 1976: 9. tvr.)¹⁰¹

⁹⁷ A sértett vélelmezett bejegyzése [a sértett érdekében cselekvés (*BELOVICS* 2001a: 136.)] körébe tartozó esetek és a (jogellenességet kizáró) végszükség kapcsolatáról ld. *NAGY* 2000: 345.; *NAGY/TOKIAI* 2001: 204.

⁹⁸ A Jogi Lexikon az emberkereskedelem minősített eseteként – hibásan – a kiskorú sérelmére elkövetést tünteti fel (1999: 171.).

⁹⁹ Hasonló értelmezés pl. a Btk. 175. § (3) bekezdés e) pontja vonatkozásában *VIDA* 1999a: 149., 199. §-a tekintetében pedig *NAGY* 1999e: 281.

¹⁰⁰ Elfogadva az Egyesült Nemzetek Közgyűlése XXI. ülészakán, 1966. december 16-án.

¹⁰¹ A Magyar Népköztársaság Elnöki Tanácsa megerősítő okiratának letétbe helyezése az Egyesült Nemze-

10. Cikk 3. bek., GyJE Preambulum], mind az Alkotmányban [vö. 67. § (1) bek.] elismertek.

A 175/B. § (2) bekezdés b) pontja által biztosított fokozott büntetőjogi védelem tágabb körű, mint a GyJE 1. cikkében foglalt meghatározás fogalmi köre, amely szerint *“gyermek az a személy, aki tizennyolcadik életévét nem töltötte be, kivéve ha a reá alkalmazandó jogszabályok értelmében nagykorúságát már korábban eléri.”* Ennek pedig a magyar jogban a *“kiskorú”* fogalma felel meg [vö. Ptk. 12. § (2) bek.], hiszen e fogalom alá az tartozik *“aki tizennyolcadik életévét még nem töltötte be, kivéve ha házasságot kötött. A házasságkötés nem jár a nagykorúság megszerzésével, ha a házasságot a bíróság a cselekvőképesség hiánya vagy a kiskorúság miatt szükséges gyámhatósági engedély hiánya miatt nyilvánította érvénytelennek.”*¹⁰²

c) Munkavégzés végett

“Súlyosabban minősíti a cselekményt a passzív alanynak *munkavégzés céljából* történő eladása, illetve megvásárlása.” (Belovics 2001a: 144.) A munkavégzés céljából elkövetés minősítő körülménye természetesen nemcsak az eladás, illetve a megvásárlás, hanem az ellenszolgáltatás fejében átadás átvétel, az elcserélés, valamint az e célokból való megszerzés elkövetési magatartásait is minősíti.

Nem szükséges, hogy az elkövetők a passzív alany munkára *kényszerítése* céljából kövessék el a bűncselekményt. E minősítő körülmény megvalósulása szempontjából közömbös, hogy az elkövető kíván-e munkabért vagy más szolgáltatást (pl. szállás) nyújtani a munka ellentételezéseként. A minősítő körülmény megvalósulása szempontjából a kívánt munka legalitása és erkölcsisége is közömbös.

Mivel e minősítő körülmény célzat, a passzív alany tényleges munkavégzése nem követelmény. Belovics szerint e „[...] minősítő körülmény megállapítására csak akkor kerülhet sor, ha a célzatra tekintettel – kétséget kizáróan következtetni lehet az egyenes szándékra.” (2001a: 144.) Érdemes hangsúlyozni tehát, hogy nem elegendő, ha az elkövető belenyugszik abba, hogy a passzív alany munkát fog végezni, hanem az is szükséges, hogy ezt kívánja is. Ilyen lelki háttér kialakulása az eladó, átadó, illetve – az átadott személy vonatkozásban – a cserélő részéről szerintünk csak kivételképpen áll fenn, pl. amikor olyan megállapodást köt az eladó a vásárlóval, hogy későbbiekben részesül az eladott, stb. személy által hajtott haszonból.

A 175/B. § (2) bekezdés c) pontjában megfogalmazott minősítő körülmény (“munkavégzés végett”) megfogalmazása nem tekinthető a legszerencsésebbnek. Itt ugyanis a törvényalkotó nyilvánvalóan nem arran az esetre kívánt súlyosabb elbírálást lehetővé tenni, ha az emberkereskedelem elkövetője az ügylet(ek) lebonyolításával munkát akar végezni, hanem azt fenyegeti fokozott büntetéssel, ha a passzív alannal munkát akar végeztetni. A tényállás szövegének nyelvtani értelmezése alapján azonban

tek Főtitkáránál 1974. január 17-én megtörtént. Az Egyezségokmány a 27. Cikk 1. bekezdése értelmében 1976. január 3-án hatályba lépett.

¹⁰² A magyar jog által biztosított tágabb körű védelem egyébként nem a GyJE 41. cikkében megfogalmazott klauzulán alapul, amely szerint *“Az Egyezmény egyetlen rendelkezése sem érinti ... a) az Egyezményben részes valamely állam hazai jogszabályainak ... a gyermek jogai megvalósulása szempontjából kedvezőbb rendelkezéseit”,* mivel a klauzula is csak a gyermek egyezmény szerinti fogalmát alkalmazhatja, a Btk. 175/B. (2) bekezdés b) pontja vonatkozásában pedig éppen az ettől való eléréstől van szó.

sajnálatos módon inkább az előbbi (egyébként más interpretációs módszerek alapján nyilvánvalóan tarthatatlan) jelentést lehet megállapítani.

d) Fajtalanság vagy közösülés, illetve mással való fajtalanás vagy közösülés végett”

“A célzatra tekintettel minősíti súlyosabban a törvény az emberkereskedelmet abban az esetben, ha arra *fajtalanság vagy közösülés, illetve mással való fajtalanás vagy közösülés végett kerül sor.*” (Belovics 2001a: 144.)

Belovics úgy véli a Btk. 175. § (2) bek d) pontjában szereplő “[...] fajtalanás fogalmára a Btk. 210/A. §-ának (2) bekezdésében írtak az irányadók, eszerint fajtalanás a közösülés kivételével minden súlyosan szeméremcsúszó cselekmény, amely a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál” (2001a: 144., hasonlóan CD-Jogtár kommentár 2000: 175. § 6. pont).

A fenti megállapítással részünkről alapjában véve egyetértünk, azonban rá kell mutatnunk arra, hogy ez nem jelenti azt, hogy a Btk. 210/A. §-ának (2) bekezdése *jogalkotói értelmezésként* kihatással lenne a 175/B. §-ában szereplő fajtalanás kifejezésre. A Btk. 210/A. §-ának (2) bekezdésének definíciója ugyanis – amint az a rendelkezés Belovics által nem idézett részéből egyértelműen kiderül – úgy kezdődik, hogy “*E Cím alkalmazásában*”. Azaz a fenti meghatározás hatóköre csak a Btk. XIV. fejezetének II. címére terjed ki, a Btk. XII. fejezet III. címében elhelyezett emberkereskedelemre nem.

Ehhez képest kérdéses, hogy a jogalkalmazás felhasználhatja-e a Btk. 210/A. §-ának (2) bekezdésében megadott fajtalanás fogalmat a Btk. 175. § (2) bekezdés d) pontja (illetve (5) bekezdése) vonatkozásában történő értelmezésekor. Nézetünk szerint igen, mivel más értelmező rendelkezések szabályozás történetének áttekintése alapján nyilvánvaló, hogy a fajtalanás definíciója nem a jogalkotó tudatos szabályozási szándékára tekintettel korlátozódik a Btk. XIV. fejezet II. címére, hanem – az elmúlt évtized Btk. módosítási dömpingjében,¹⁰³ nem ritkán előforduló – törvényszerkesztési (kodifikációs technikai) hiba eredményeként, amelyek közül a jogalkotó többet pár év elteltével korrigált. A Btk. eredeti szövegében több nemi erkölcs elleni bűncselekmény (XIV. fejezet II. Cím) tényállásában szerepelt fajtalanás kifejezés, amelyet a törvény nem definiált. A kifejezés értelmezését – feltehetően nem csak a szemérem elleni erőszak tényállására irányadóan – a Btk. 198. §-ához fűzött miniszteri indokolás 2. pontja végezte el. A fajtalanás törvényi definícióját a büntető jogszabályok módosításáról szóló 1993: XVII. törvény 49. §-a iktatta be a Btk. Btk. 210/A. § (2) bekezdéseként.¹⁰⁴ Mivel a Büntető Törvénykönyv ebben az időpontban csak a Btk. csak a XIV. fejezet II. Címében használta a fajtalanás kifejezést, a törvényalkotó ennek definícióját is ide helyezte el, és annak hatókörét is kifejezetten erre a szerkezeti egységre szűkítette.¹⁰⁵

¹⁰³ A túl sok módosítás kritikáját ld. NAGY 2001: 13.

¹⁰⁴ Hatályos: 1993 V. 15-től.

¹⁰⁵ Mindez teljes mértékben összhangban volt azzal a – Btk. megalkotásától kezdve érvényesülő – koncepcióval, hogy a Büntető Törvénykönyv azokat a kifejezéseket, amelyek csak a Különös Résznek meghatározott fejezetében (címén belül) szerepeltek, ezen szerkezeti egység végén elhelyezett értelmező rendelkezésben definiálta (vö. 191., 210., 258/A., 315., 333., 367. §§), ezzel szemben azok meghatározására, amelyek a Btk. Különös Részének több fejezetében is használatosak voltak a Btk. Általános Részének IX. fejezetében került sor.

Az emberkereskedelem tényállásának törvénybe iktatásával a fajtalanság fogalma, ha csak minősítő célzatként is, de a XIV. fejezet II. Címén kívül is megjelent a Btk.-ban. Ezt azonban *nem követte* a fajtalanság kifejezés az egész törvényre vonatkozó definíciójának megalkotása és annak a Btk. IX. fejezetében történő elhelyezése. Azonban más kifejezések (pl. a kár,¹⁰⁶ gazdálkodó szervezet¹⁰⁷) vonatkozásban sem ritka az ilyen törvényszerkesztési (kodifikációs technikai) hiba, amikor egy az bizonyos szerkezeti egységre korlátozódó kifejezés a törvény más fejezeteibe történő "kirajzását" csak megkésve – akár több év elteltével és Btk. módosítás után – követi definíciójuk hatókörének kiterjesztése és áthelyezése az általános részbe. Ennek alapján nem vall tudatos kodifikációs szándékra, hogy a fajtalanság definícióját az 1998:LXXXVII. törvény nem helyezte át a Btk. általános részébe, sőt az is inkább figyelmetlenségnek tekinthető, hogy ezt még abban az 1999:CCX. törvényben sem tette meg, amely a kár és a gazdálkodó szervezet vonatkozásában ilyen módon rendelkezett.¹⁰⁸ A fentiek alapján nyilvánvaló, hogy az emberkereskedelem vonatkozásában a fajtalanság értelmezésénél a Btk. 210/A. §-ában adott fogalom addig is segítségül hívható, amíg a törvényhozó nem definiálja a fajtalanság kifejezést az általános részben.

Érdemes kiemelni, hogy a Btk. 210/A. §-ának segítségül hívása nem jelent érdemi hátrányt az elkövető számára, hiszen a fenti definíció a fajtalanság fogalmát az egyéb lehetséges értelmezésekhez képest inkább korlátozza. (Természetesen a jogbiztonság magasabb szintjét jelentené a fajtalanság törvényi definiálása az emberkereskedelem

¹⁰⁶ A Btk. megalkotásakor a kár kifejezés bizonyos vagyon elleni bűncselekmények (pl. csalás, zsarolás) tényállásában szerepelt. A fogalmat – a vagyon elleni bűncselekményekre (Btk. XVIII. fejezet) korlátozódó hatókörrel – a Btk. 333. §2. pontja definiálta. (A törvényalkotó már ekkor sem volt teljesen következetes, mert a kár fogalmat a IX. fejezetben a Btk. 137 § 4. pontjában is felhasználta.) Az 1994:IX. törvény 22. és 27. §-ai a Btk. XVII. fejezetének I., illetve III. Címébe beiktatták a számítógépes csalás (Btk. 300/C. §), illetve a bankkártyával visszaélés (Btk. 313/C. §) bűncselekményeinek a kárt elemét tartalmazó tényállásait (hatályosak: 1994. V. 15-től). Szintén szerepelt a kár kifejezés a Btk. IX. fejezetébe beiktatott 138/A. §-ban, amelyet az 1997:LXXXIII. törvény 10. §-a iktatott be a Büntető Törvénykönyvbe (hatályos 1997. IX. 15-től) és a 138/B. § a) pontjában (beiktatta 1998:LXXXVII. törvény 37. §, hatályos 1999.III. 1-től). A kár fogalmát azonban csak az 1999:CXX. törvény 6. § (2) bekezdése helyezte át az általános részbe (vö. az ezen rendelkezéshez fűzött miniszteri indokolás (3) bekezdését, valamint a törvény általános indokolása (2) bekezdésének a) pontját), míg a Btk. így feleslegessé váló 333. §-ának 2. pontját az 1999:CXX. törvény 44. § (1) bekezdés a) pontja hatályon kívül helyezte.

¹⁰⁷ A gazdálkodó szervezet kifejezést a Btk. eredeti szövegében több tényállás tartalmazta, pl. rossz minőségű termék forgalomba hozatala [Btk. 292. § (1) bek.], bitorlás (329. § b) pont), azonban a büntető törvény nem tartalmazott ezzel kapcsolatban definíciót. Az 1987. évi III. törvény 21–24. §-a a vesztegetés több alakzatának [vö. Btk. 251. § (1) bek., 252. § (1) bek., 254. § (1)–(2) bek.], illetve a befolyással üzérkedés tényállásának [Btk. 256. § (3) bek.] módosítása során felhasználta ezt a kifejezést, amelyet a Btk. 258/A. § 1. pontjának megalkotásával (1987: III. törvény 25. §) definiált is (hatályos: 1988. I. 1-től). A definíció azonban csak a módosítással érintett közélet tisztasága bűncselekményekre vonatkozott, és nem terjedt ki a Btk. egészére. A 1992:XIII. törvény 4. §-a felhasználta a gazdálkodó szervezet kifejezést a Btk. 291/A. § (1) bekezdésében (hatályos 1992. IV. 1-től). A rossz minőségű termék forgalomba hozatalának az 1997:LXXXIII. törvény 38. §-ával újraalkotott tényállásában ugyan már nem szerepel a gazdálkodó szervezet fogalma (hatályos 1997 IX. 15-től), de ugyanezen módosító jogszabály 4. §-ára, illetve 30. § (1) bekezdésére tekintettel ez a kifejezés megjelent a Btk. IV., illetve XV. fejezetébe tartozó 56. §-ának (2) bekezdésében, illetve 230. § -ának a) pontjában (hatályosak: 1997 IX. 15-től). Az utóbb említett rendelkezésből az 1998:LXXXVII. törvény 54. §-ára tekintettel ugyan kikerült a gazdálkodó szervezet kifejezés, de – a közfeladatot ellátó személy időben elvégzett általános részi definiálásával együtt – átkerült a Btk. IX. fejezetébe, pontosabban a 137. § (az 1998:LXXXVII. törvény 34. §-ával beiktatott) 2/a. pontjába (hatályosak: 1999. III. 1-től). A gazdálkodó szervezet fogalmát csak az 1999: CXX. törvény 6. § (3) bekezdése értelmezte az egész törvényre kiható hatállyal a Btk. 137. §-ának újonnan beiktatott 17. pontjában (hatályos: 2000. III. 1-től.), egyben ugyanezen módosító jogszabály 44. § (1) bekezdés a) pontja hatályon kívül helyezte a 258/A. § 1. pontját (hatályon kívül: 2000. III. 1-től.)

¹⁰⁸ Vö. 106., 107. ljk.

vonatkozásában is.) Megemlítjük, hogy a *nullum crimen sine lege* elv sérelme szempontjából ezzel ellenkező eredményre vezetné olyan értelmező rendelkezés mezébe bűjtött tényállás-kiterjesztések analóg alkalmazása, amely direkt módon felelősséget alapoznak meg (terjesztenek ki) [pl. Btk. 183/A. §, 191. § (1) bek., 210. §].¹⁰⁹ Ekkor ugyanis az analógia alkalmazására az elkövető hátrányára kerülne sor, ami a *nullum crimen sine lege stricta* elv alapján egyértelműen tiltott (vö. Nagy 2001a: 61-62.)

Említésre érdemes, hogy a fajtalanság kifejezés az emberkereskedelem vonatkozásában történő értelmezésénél az ítélkezési gyakorlat azon – a nemi bűncselekmények tekintetében tett – megállapítása is irányadó, amely szerint a fogalmomban csak “[...] a passzív alany testét közvetlenül érintő tevékenység [...]” tartozik bele (vö. BH 1994. 470.). Ennek alapján a bizonyos szexuális szolgáltatások (pl. vetközőszámok) nem tartoznak a Btk 175/B. § (2) bekezdés d) pontja alá, hanem legfeljebb – további feltételek estén – munkavégzésnek tekintendők.

Belovics szerint “A közösülés fogalma alatt a biológiai értelemben vett közösülést kell érteni.” (2001a: 144.). A fenti értelmezéssel részünkről egyetértünk. Az erőszakos közösülés (197. §) vonatkozásában alakult ki – elsősorban bizonyítási nehézségek áthidalása és a sértett eljárás során történő kímélete végett – a közösülés speciális (az élet-tanítól eltérő) büntetőjogi fogalma (vö. Nagy 1999a: 270., Sinku 2001a: 213.). Eszerint a közösülés büntetőjogi értelemben már akkor befejezett, ha “a nemi szervek érintkezése megtörtént, a [...] himmvessző [...] a szeméremajakkal érintkezett” (Sinku 2001a: 213., hasonlóan Nagy 1999a: 270., 272.). A büntetőjogi felelősség ilyen előrehozatala nyilvánvalóan csak az elkövetési magatartást (az objektív oldalt) érinti, a szándéknak (szubjektív oldal) ettől függetlenül az élettani értelemben vett közösülésre kell vonatkoznia. A közösülés speciális büntetőjogi fogalma nemcsak az erőszakos közösülés, hanem pl. a megrontás (Btk. 201. §), illetve vérfertőzés (Btk. 203. §) esetén is irányadó lehet (vö. Nagy 1999a: 286., Sinku 2001a: 223., illetve Nagy 1999a: 291.), ugyanakkor a kerítés (Btk. 207. §) vonatkozásában “nincs gyakorlati jelentősége” (vö. Nagy 1999a: 300., Berkes 1999a: 620.). Nézetünk szerint a kerítéshez hasonló a helyzet az emberkereskedelem vonatkozásban is, mivel a közösülés e tényállásában a szubjektív oldalon (célzatként) helyezkedik el, márpedig szinte senki sem törekszik arra, hogy saját maga, vagy más csak a közösülésre büntetőjogi értelemben vett befejezettségéig jusson el.

¹⁰⁹ Az 1993:XVII. törvény 38. §-a beiktatta a Btk.-ba az emberrablás tényállását 175/A. §-ként (hatályos 1993 V. 15-től), a módosító törvény 42. §-a pedig egy olyan értelmező rendelkezést állapított meg, amely szerint “A 175/A. § alkalmazásában a tizenkettedik életévét be nem töltött személyt védekezésre képtelennek kell tekinteni.” (Btk. 183/A. § (hatályos 1993 V. 15–1999. II. 28.). Az 1997:LXXIII. törvény 13. §-ának (2) bekezdése, új minősítő körülményt iktatott be a testi sértés tényállásába, amely szerint a bűncselekmény súlyosabban minősül, ha a bűncselekményt “védekezésre vagy akaratnyilvánításra képtelen személlyel szemben követik el” [Btk. 170. § (3) bek. (hatályos: 1997 IX. 15-től)]. A Legfelsőbb Bíróság Büntető Kollégiumának álláspontja szerint “A Btk. 183/A. §-ának és 210. §-ának értelmező rendelkezése a 170. § (3) bekezdésére nem vonatkoztatható. Ha tehát a testi sértést tizenkettedik életévét be nem töltött személy sérelmére követik el, az eset körülményeihez képest kell elbírálni, hogy a sértett védekezésre vagy akaratnyilvánításra képtelen volt-e.” [Emlékeztető (1998) 153.]. Erre tekintettel (vö. KISS 1999: 409.) az 1998:LXXXVII. törvény 46. §-a a következő szövegre módosította a Btk. 183/A. §-át: “A 170. § és a 175/A. § alkalmazásában a tizenkettedik életévét be nem töltött személyt védekezésre képtelennek kell tekinteni” (hatályos: 1999 III. 1-től). Rá kell mutatni arra is, hogy önmagában ezen értelmező rendelkezésre tekintettel csak az 1999. III. 1-én, vagy az után elkövetett cselekmények vonatkozásában lehet megállapítani a testi sértés Btk. 170. § (3) bekezdés III-IV. fordulata szerinti minősített esetét. Hasonlóan nem lehet hivatkozni a Btk. 210. §-ára a kerítés 207. § (3) bekezdés b) pontja vonatkozásában (kifejezetten így BERKES 1999a: 622.) sem.

Extrém esetekben (pl. ha a passzív alany nemileg fejletlen gyermekkorú) természetesen elegendő a büntetőjogi értelemben vett közösülés fogalom kívánása.

Kiss szerint e minősített eset körébe az tartozik, “[...] ha *nemi erkölcs elleni bűncselekmény* (Kiemelés – H. M.) – nevezetesen fajtalanság vagy közösülés, illetve más-sal való fajtalanság vagy közösülés – végett követik el a bűncselekményt.” (1999d: 476.) A fenti idézet egészen sajátos módon azt sugallja, hogy az emberkereskedelem ezen minősített esetét csak bűncselekménynek minősülő fajtalanság vagy közösülés végett lehet elkövetni. Ez az értelmezés olyan nyilvánvalóan téves, hogy annak érdemi kritikája sem szükséges. Elég csak annyit megjegyezni, hogy nemcsak a büntetőjog-ásznak, hanem az átlagembernek is nyilvánvaló, hogy a fajtalanság vagy a közösülés csak bizonyos elkövetési módok esetén (vö Btk. 197. §), valamint bizonyos életkorú, illetve kapcsolatban álló alanyok között (vö. pl. 199., 201., illetve 203. §§), és nem önmagában számít bűncselekménynek. Csak Kiss fenti megállapítására tekintettel szögezzük le ismét: a Btk. 175/B. § (2) bek. d) pontjában írt fajtalanságon és közösülés-sen nem csak nemi erkölcs elleni bűncselekmények értendők, de a minősített eset köré-ből ezen esetek sem zárhatók ki.

A minősítő körülmény célzatként való megfogalmazásának következményei tekin-tetében utalunk a c) pont kapcsán kifejtetekre. (vö. még *Belovics* 2001a: 144.)

A 175/B. § (2) bekezdés d) pontjában meghatározott fordulat megfogalmazása vé-leményünk szerint nem túl szerencsés. A fajtalanság és a közösülés kifejezések sor-rendje pont fordítottja a Btk. más tényállásaiban [pl. 201. § (1) bek.] megszokottnak. Nem felel meg annak a rendező elvnek sem, ami alapján a jogalkotó az erőszakos közösülés, illetve a szemérem elleni erőszak (természet elleni erőszakos fajtalanság) tényállásainak sorrendjét megállapította (vö. 197., illetve 198 és 200. §§). A minősített esetben használt sorrend azzal sincs összhangban, hogy a Btk. 210/A. § (2) bekezdése a fajtalanság fogalmát a *közösüléshez képest* határozza meg. Nézetünk szerint a “mással való fajtalanság vagy közösülés” szövegrész felesleges, mivel a “fajtalanság vagy közösülés végett” kifejezés használata esetén is ugyanúgy közömbös lenne az, kivel végzi (a sértett) az adott nemi cselekményt. Ha a törvényalkotó mindenképpen utalni kíván arra, hogy nemcsak az esik súlyosabb büntetési tétel alá, ha az elkövető saját magával való közösülés vagy fajtalanság végett követi el a cselekményt, akkor nem az alaptényállásban már más vonatkozásban lefoglalt “más” kifejezést kellene használni, hanem a “harmadik személy” szófordulatot. A minősítő körülményben szükséges lenne kiemelni azt a tényt, hogy a tettesnek a sértett részvételével zajló kö-zösülést vagy fajtalanságot kell kívánnia, és nem pl. azt, hogy az átvevő a passzív alany ellentételezéseként vele közösüljön, a vagyoni ellenszolgáltatás mellett, vagy nem vagyoni ellenszolgáltatásként, ha az utóbbit tényállásszerűnek ismerjük el. Ösz-szességében a javasolt szöveg tehát: “*azért követi el, hogy a sértett [– vele vagy har-madik személlyel –] közösüljön vagy fajtalankodjon*”.

e) Bűnszervezet tagjaként¹¹⁰

“A bűnszervezet tagja általi elkövetésnek minősített esetté tételét az indokolja, hogy az emberkereskedelem gyakran valósul meg erre irányuló és ezzel foglalkozó szervezet keretében.” (Kiss 1999: 476.) Szerintünk a bűnszervezet tagja általi elkövetés minősítő körülményként való szabályozásának – más társas elkövetési alakzatokhoz hasonlóan – a gyakoriság mellett az *is* elengedhetetlen feltétele, hogy a bűncselekmény ilyen módon való megvalósításának társadalomra veszélyesség növelő hatása ne legyen értékelhető az alaptényállás keretei között (vö. Nagy/Tokaji 2001: 286.), vagy más minősítő körülmények segítségével.

E minősítő körülmény magyarázatára a bűnszervezet fogalmához (137. § 8.¹¹¹ pont) fűzött általános részi magyarázatok irányadók [ld. pl. Nagy/Tokaji (2001) 288-291.; Kiss (1999c) 294-298.]¹¹²

f) Az elkövető nevelése, felügyelete, gondozása vagy gyógykezelése alatt álló személy sérelmére¹¹³

Az *elkövető* nevelése, felügyelete, gondozása vagy gyógykezelése alatt álló személy sérelmére történő elkövetés vonatkozásában a Btk.-ban máshol szereplő ilyen minősítő körülményekhez [pl. Btk. 197. § (2) bek. b) pont] fűzött magyarázatok (vö. pl. Nagy 1999a: 275.; Berkes 1999a: 601.; Sinku 2001a: 217.) az irányadók.

8. Az emberkereskedelem és büntetése

Az 1998:LXXXVII. törvény általános indokolásának 1. pontja az emberkereskedelmet “súlyos fenyegetettségű” bűncselekménynek tartja. Ezt a megállapítás nyilvánvalóan csak a bűncselekmény bizonyos – pl. a (3)-(5) bekezdésben meghatározott – minősített eseteire korlátozva igaz, az alapesetre és a (2) bekezdésben szereplő minősített eseti tényállásra nézve nyilvánvalóan nem.

Az 1998:LXXXVII. törvény 22. §-a módosította a Btk. 87/A. §-a (1) bekezdésének c)-e) pontjait és ennek következtében “A büntetés a 87. § (2) bekezdése alapján csak különös méltánylást érdemlő esetben enyhíthető, ha [...] e) az emberkereskedelem [...] súlyosabban minősülő esetei [175/B. § (3)-(5) bek. (...)] [...] miatt szabják ki”.

Az 1998: LXXXVII. törvény 3. §-a módosította a Btk. 42. § (2) bekezdés b) pontját, ennek következtében “Fegyházban kell végrehajtani a három évi vagy ennél hosszabb tartamú szabadságvesztést, ha [...] b) [...] 2. [...] az emberkereskedelem [...]”

¹¹⁰ A Jogi Lexikon a Btk. 175/B. § minősített eseteként – hibásan – a bűnszövetségben történő elkövetést tünteti fel (1999: 171.).

¹¹¹ A CD-Jogtár kommentárja (2000: 175. § 6. pont) e vonatkozásban még mindig a Btk. 137. § 7. pontjára tartalmaz hivatkozást.

¹¹² Az 1998: LXXXVII. törvény 35. §-a általi módosítás előtti – az 1997: LXXXIII. törvény 9. §-a által beiktatott – bűnszervezet fogalomra vonatkozó, de többségükben még ma is irányadó magyarázat: TÓTH (1997); BÚZÁS/NAGY (1998).

¹¹³ A Jogi Lexikon a Btk. 175/B. § ezen minősített esetét nem említi (vö. 1999: 171.).

súlyosabban minősülő esetei [(...) 175/B. § (3)-(5) bek. (...)][...]miatt szabták ki.” (hatályos 1999. III. 1-től)¹⁴

Irodalomjegyzék

- BASSIOUNI, CHERIF M. (1999): *Enslavement” in International Criminal Law. Volume I. Crimes. Second Edition.* (ed.: M. Cherif Bassiouni) Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York. pp. ci, 1004
- BÉKÉS IMRE (2001) Belovics Ervin és mások: *Büntetőjog. Különös rész.* (szerkesztő-
lektor: Békés Imre) HVG–ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest. 615 p.
- BELOVICS ERVIN (2001a): *A személy elleni bűncselekmények.* in Békés Imre (2001) 81–168. p.
- BELOVICS ERVIN (2001b): *A közrend elleni bűncselekmények.* in Békés Imre (2001) 296–383. p.
- BERKES GYÖRGY (1999) Uő (szerk.) és mások: *Magyar büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára.* 2. kiadás. HVG–ORAC Lap és Könyvkiadó Kft., Budapest. xviii, 1354 p.
- BERKES GYÖRGY (1999a): *A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények.* in Uő (1999) 573–628.
- BERKES GYÖRGY (1999b): *Az államigazgatás, az igazságszolgáltatás és a közelet tisztasága elleni bűncselekmények.* in Uő (1999) 629–705. p.
- BÍRÓ GYÖRGY (1997): *A kötelmi jog és a szerződés tan közös szabályai.* Egyetemi jegyzet. 3. átdolgozott és összevont kiadás. “Magyar Polgári Jog” Novotni Alapítvány a Magánjog Fejlesztéséért, Miskolc. 443 p.
- BÍRÓ GYÖRGY – LENKOVICS BARNABÁS (1998): *Általános tanok.* Harmadik, átdolgozott kiadás. “Magyar Polgári Jog” Novotni Alapítvány a Magánjog Fejlesztéséért, Miskolc. 224 p.
- BÓCZ ENDRE (1996): *A közrend elleni bűncselekmények.* in Györgyi/Wiener (1996) 542–589. p.
- BODGÁL ZOLTÁN – PINTÉR JENŐ (1981): *A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények.* in Bodgál Zoltán és mások: *Magyar büntetőjog, különös rész.* (szerk.: Fonyó Antal) BM Könyvkiadó, h.n. 179–221. p.
- BRÓSZ RÓBERT (1974) Brósz Róbert (szerk.) és PÓLAY ELEMÉR: *Római jog.* Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest. 528 p.
- BRÓSZ RÓBERT (1974a): *A klasszikus (és a posztklasszikus) kor szerződésrendszere általában.* in Brósz (1974) 407–408. p.
- BÚZÁS HUBA – NAGY SÁNDOR (1998): *A bünszervezet fogalma.* Magyar Jog (továbbiakban: MJ) XLV. évf. [4. sz.] 203–206. p.

¹⁴ Módosította az 1999. CCX. törvény 2. §-a (hatályos: 2000 III. 1-től), de ennek témánk vonatkozásában nincs jelentősége.

- CD-Jogtár Btk. kommentár (2000) Kiss Sándor és mások: *Kommentár a Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvényhez.* in CD-Jogtár KJK-KERSZÖV – HVG-ORAC, 2000. április 30.
- Emlékeztető (1998): *Emlékeztető. A Legfelsőbb Bíróság Büntető Kollégiumának 1997. október 27. napján tartott megbeszéléséről.* BH [2. sz.] 152–153. p.
- EÖRSI GYULA (1994) Uő és mások: *Kötelmi jog. Különös rész* (Egyes szerződésfajták) 15. változatlan kiadás. “Állam- és Jogtudományi Karok – Egységes jegyzet” Nemzeti Tankönyvkiadó, h.n. 280 p.
- FEHÉR LENKE (1994): *Prostitúció – prostitúcióra kényszerítés – nőkereskedelem.* Acta Humana 14. sz. 19–30. p.
- GYÖRGYI KÁLMÁN – WIENER A. IMRE (1996) Belovics Ervin és mások: *A Büntető Törvénykönyv magyarázata.* (szerkesztő-lektorok: Györgyi Kálmán – Wiener A Imre) KJK, Budapest. I. és II. kötet. i–x. és 770 p.
- GYÖRGYI KÁLMÁN (1999): *Az okozati összefüggésről.* in Wiener (1999) 223–238. p.
- HAENTJENS, RIJNHARD – SWART, BERT (1997): *Substantive Criminal Law.* in Peter Baauw et al.: *International Criminal Law in the Netherlands.* (eds. Bert Swart – André Klip) “Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br. Band S 66.” Ed. iuscrim – Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau. pp. 21–47.
- HOLLÁN MIKLÓS (2000): *A Fiatl Büntetőjogászok Fórumának első tudományos tanácskozása, Visegrád, 2000. április 14–16.* MJ XLVII. évf. [11. sz.] 669–675.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH – WEIGEND, THOMAS (1996): *Lehrbuch des Strafrechts.* Allgemeiner Teil. 5., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Duncker & Humboldt, Berlin, 1996. S. L, 1029
- Jogi Lexikon (1999) Antal és mások: *Jogi Lexikon.* (Főszerkesztők: Lamm Vanda – Peschka Vilmos) KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft., udapest. 645 o
- Értelmező Kéziszótár (1972) Bakos Ferenc és mások: *Magyar Értelmező Kéziszótár.* (szerkesztők: Juhász József és mások) Akadémiai Kiadó, Budapest. 1550. p.
- KISS ZSIGMOND (1999): *A személy elleni bűncselekmények.* in Berkes (1999) 346–518. p.
- KÓNYA ISTVÁN (1999): *A közrend elleni bűncselekmények.* in Berkes (1999) 706–821. p.
- LENKOVICS BARNABÁS (1998): *A dologi jog vázlata.* Ötödik, átdolgozott kiadás. Eötvös József Könyvkiadó, Budapest. 306 p.
- LIGETI KATALIN (2000): *Fiatl büntetőjogászok a társaságban.* in Csemegi Károly emlékkönyv. “Association Internationale de Droit Penal XVI^e Congress Internationale de Droit Pénal, Budapest, 5–11 Septembre 1999, Actes du Congress” (szerk.: Wiener A. Imre) MTA Jogtudományi Intézet, Budapest. 131–134. p.
- LOSONCZY ISTVÁN (1966): *A tettesség és részesség a büntetőjog rendszerében.* KJK, Budapest. 424 p.
- MARÁZ VILMOSNÉ (1999): *Az államigazgatás, az igazságszolgáltatás és a közélet tisztasága elleni bűncselekmények.* in Nagy F. (1999) 305–413. p. [kivéve 340–355., 380–413. p.]
- MAVI VIKTOR (1993): *Emberi jogok.* Nemzetközi okmányok gyűjteménye. (fordítás: Emberi Jogok Magyar Központja, felelős szerkesztő: Mavi Viktor) Emberi Jogok

- Magyar Központja, h.n. 492 p. (eredeti kiadás: Egyesült Nemzetek, New York 1988.)
- MAVI VIKTOR (1996): *Az Európa Tanács emberi jogi dokumentumai*. (szerkesztette és összeállította: Mavi Viktor) KJK, Budapest. 314 p.
- NAGY FERENC – TOKAJI GÉZA (2001): *A bűncselekmény tana*. in Nagy (2001) 123–308. p.
- NAGY FERENC (1999) Horváth Tibor és mások: *A magyar büntetőjog különös része*. (szerk.: Nagy Ferenc) Korona Kiadó, Budapest. 776 p.
- NAGY FERENC (1999a): *A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények*. in Uő (1999) 247–304. p.
- NAGY FERENC (2000): *A jogellenességet kizáró okok elvi kérdéseiről*. in Bárd Károly és mások: *Békés Imre ünnepi kötet*. (szerk.: Gellér Balázs) "Az ELTE Állam- és Jogtudományi Kar tudományos kiadványa, Bibliotheca Iuridica 1 Libri Amicorum" Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest. 334–357. p.
- NAGY FERENC (2001) Uő (szerk.) - TOKAJI GÉZA: *A magyar büntetőjog általános része*. Korona kiadó, Budapest. 526 p.
- NAGY FERENC (2001a): *Bevezető tanok*. in Uő (2001) 17–71. p.
- NAGY FERENC (2001b): *Jogszabálytan*. in Uő (2001) 73–121. p.
- NAGY FERENC (2001c): *A büntetőjogi jogkövetkezmények tana*. in Uő (2001) 309–499. p.
- NAGY KÁROLY (1999): *Nemzetközi jog*. Püski, Budapest. 680 p.
- PALLAGI ANIKÓ (1999): *A személy elleni bűncselekmények*. in Blaskó Béla (szerk.) és mások: *Büntetőjog. Különös Rész I. Rejtjel kiadó, Budapest. 28–89. p.*
- PAPP LÁSZLÓ (1996): *A vagyon elleni bűncselekmények*. in Györgyi/Wiener (1996) 645–720. p.
- PÓLAY ELEMÉR (1974): *A rabszolgák és a colonusok*. in Brósz (1974) 137–143. p.
- SCHULTHEISZ EMIL (1948): *A bűncselekmény tana*. Debreceni Tudományegyetemi Nyomda, h.n. 146 p.
- SCHULTHEISZ EMIL (1966): *A nemi erkölcs elleni büntettek de lege lata*. KJK, Budapest. 332 p.
- SINKU PÁL (2001a): *A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények*. in Békés (2001) 197–234. p.
- SINKU PÁL (2001b): *Az államigazgatás, az igazságszolgáltatás és a közélet tisztasága elleni bűncselekmények*. in Békés (2001) 235–293. p.
- TÓTH MIHÁLY (1997): *A bünszervezet és környéke*. Jogtudományi Közlöny LII. évf. [12. sz.] 505–513. p.
- TRAYTLER ENDRE (1963): *Kerítés*. in Lukács Tibor és Traytler Endre: *A nemi erkölcs elleni büntettek*. KJK, Budapest. 320–344. p.
- VIDA MIHÁLY (1999a): *A szabadság és az emberi méltóság elleni bűncselekmények*. in Nagy F. (1999) 132–210. p.
- VIDA MIHÁLY (1999b): *A közélet tisztasága elleni bűncselekmények*. in Nagy F. (1999) 380–409. p.
- WIENER A. IMRE (1999) Györgyi Kálmán és mások: *Büntetendőség, büntethetőség. Büntetőjogi tanulmányok. Átdolgozott kiadás*. (szerk.: Wiener A. Imre) "Jog és Jogtudomány 13." KJK – MTA Állam és Jogtudományi Intézet, Budapest.

- WIENER A. IMRE (1999a): *Büntetőpolitika – büntetőjog (jogszabálytan)*. in Uő (1999) 9–80. p.
- WIENER A. IMRE (2000): *Elméleti alapok a büntetőtörvény általános része kodifikálásához*. MTA Jogtudományi Intézete Közlemények /N° 12/ Working Papers, MTA Jogtudományi Intézet, Budapest. 130 p.
- WIENER A. IMRE (2001): *A büntető törvényhozás alkotmányossági kontrollja*. MJ XLVIII. évf. [1. sz.] 1–6. p.

MIKLÓS HOLLÁN

THE CRIME OF TRAFFIC IN PERSONS IN THE HUNGARIAN
CRIMINAL LAW

(Summary)

The Act LXXXVII of 1998 introduced Section 175/B, into the Hungarian Penal Code to penalise trafficking in persons. In this study the author outlines briefly the antecedents of the prevailing provision and examines the impact of the international instruments (especially the Slavery Convention signed on 25 September 1926) by the formulation of Section 175/B of the Hungarian Penal Code. The author gives a comprehensive analysis of the protected interest and the definition of the crime (both the elements of *actus reus* and the *mens rea*). Furthermore, the attempt and preparation of, and complicity in trafficking in persons are dealt. Finally, the author examines the special provisions relating the punishment of this crime.

ALEXANDRA HORVÁTH

Théories allemande et américaine pour une extension de la notion d'interprétation en justice constitutionnel

La présence de différentes théories dans la pratique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle hongroise est assez évidente. Cette présence s'explique, d'abord, par la composition de la Cour: les juges ayant tous été professeurs de droit avant d'occuper leurs postes, étaient ainsi pourvus de certaines convictions et orientations professionnelles. Elle peut se comprendre aussi par le souci de la jeune justice constitutionnelle de se doter de bases théoriques que la Constitution, modifiée à de nombreuses reprises, ne pouvait fournir de manière satisfaisante.

Il convient de mettre en rapport le travail du juge constitutionnel hongrois avec deux théories étrangères.

La première est celle de *Ronald Dworkin*,¹ théorie qui a exercé une influence significative et mesurable sur les méthodes de travail du juge constitutionnel hongrois (§1). L'autre théorie est la méthodologie élaborée par l'allemand *Friedrich Müller*.² Sans affirmer que le juge hongrois ait suivi au cours de son travail les indications de cette méthodologie, il est patent que certains éléments de ce concept ont été - peut être inconsciemment - mis en pratique par le juge constitutionnel (§2).

§1: L'influence de la théorie de Ronald Dworkin

Un des plus grands théoriciens de droit contemporain est l'américain *Ronald Dworkin* dont certaines thèses ont significativement influencé le travail du juge constitutionnel hongrois. Cette influence est à la fois «générale» et porte sur la conception des juges de la Cour hongroise au sujet de la nature de la justice constitutionnelle (A), et «concrète», comme le montrent les décisions relatives à la discrimination positive.(B)

¹ Il faut penser avant tout à ses ouvrages principaux: R. DWORKIN: *Prendre les droits au sérieux*, L'éviathan, PUF, Paris, 1995 et R. DWORKIN: *L'Empire du droit*, PUF, Coll Recherches politiques, 1994, Paris.

² F. MÜLLER: *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, Paris.

A. L'influence « abstraite » relative à la conception de la justice constitutionnelle

Il n'y a pas lieu ici de présenter la philosophie de Dworkin dans sa globalité. On se limitera à l'étude des thèses relatives au rôle du juge dans l'interprétation.

M. Pierre Bouretz résume avec pertinence l'essence de la philosophie dworkinienne lorsqu'il écrit : « nul doute en effet que Dworkin soit partisan d'une conception de l'élargissement de la démocratie. Celle-ci est manifeste dans sa lecture des droits de l'homme en terme d'égalité politique, dans sa défense d'une jurisprudence activiste en faveur de la dignité et de l'égal traitement, dans ses prises de position enfin sur les questions controversées comme celles qui touchent au droit civique, à l'avortement ou à la liberté d'expression ».³ Pierre Bouretz ajoute également que l'instrument de cet élargissement est le juge, et ce « à l'écart et presque à l'encontre des voix traditionnellement autorisées à exprimer la volonté démocratique ».⁴

En traitant la problématique de l'interprétation dans le droit, Dworkin oriente son examen vers la manière dont le juge aborde les « cas difficiles » où la simple application d'une norme juridique ne mène pas à la résolution de la question soulevée par le requérant. Dans ce sens, il estime « qu'il y a des cas difficiles, à la fois en politique et en droit, à propos desquels des juristes raisonnables seront en désaccord sur les droits, et où nul n'aura à sa disposition d'argument qui doive nécessairement convaincre l'autre ».⁵ Pour ce qui est de la méthode à adopter par les juges dans ces « cas difficiles », il affirme que « dans leurs discussions au sujet des droits et des obligations juridiques, tout spécialement lorsqu'il s'agit de cas difficiles où les problèmes avec les concepts semblent les plus aigus, les juristes font appel à des normes qui ne fonctionnent pas comme des règles mais opèrent différemment, comme des principes, des politiques et d'autres types de standards ».⁶ Dans la préface de son autre ouvrage principal « *L'Empire du droit* », il semble aller plus loin encore lorsqu'il affirme que « dans la plupart des cas difficiles, il faut que la raison et l'imagination se mettent à la recherche des bonnes réponses ».⁷

En fait, Dworkin soutient que le raisonnement juridique constitue une interprétation constructive, dans la mesure où « les juges qui acceptent l'idéal d'interprétation de l'intégrité statuent sur les cas difficiles en essayant de trouver, dans un ensemble cohérent de principes sur les droits et les devoirs, la meilleure interprétation constructive de la structure politique et de la doctrine juridique de leur collectivité ».⁸ Selon Dworkin, rencontrant des cas difficiles, les convictions morales et politiques du juge sont directement en jeu, et par conséquent « différents juges seront en désaccord sur chacun de ces problèmes, et adopteront donc des points de vue différents

³ PIERRE BOURETZ : *Préface* pour « Prendre les droits au sérieux » de Ronald Dworkin, Léliathan, PUF, Paris, 1995, p.15.

⁴ PIERRE BOURETZ : in *ibid*, p. 15.

⁵ RONALD DWORKIN : *Prendre les droits au sérieux*, Léliathan, PUF, Paris, 1995, p. 47.

⁶ R. DWORKIN : *Prendre les droits au sérieux*, Léliathan, PUF, Paris, 1995, p. 79.

⁷ R. DWORKIN : *L'Empire du droit*, PUF, Coll Recherches politiques, 1994, Paris, p. X du Préface.

⁸ R. DWORKIN : *L'Empire du droit*, PUF, Coll Recherches politiques, 1994, Paris, p. 278.

sur la nature réelle et bien comprise du droit qui régit la collectivité à laquelle ils appartiennent».⁹

En 1997, l'entretien de *Tóth Gábor Attila* avec le président de la Cour constitutionnelle M. *Sólyom*, avait pour titre «Le rôle important de la conception morale du juge rencontrant les affaires difficiles».¹⁰ Cet intitulé fait référence à l'orientation philosophique du président qui, au cours de l'interview confirme que les ouvrages de Dworkin lui servaient comme sources d'inspiration, même s'il tient à préciser également qu'en tant que juge constitutionnel, il ne doit s'engager en faveur d'aucun courant philosophique.

Quelques extraits de cet interview permettent d'éclairer l'attachement du président à la philosophie de Dworkin.

Ainsi, par rapport aux objectifs de la jeune Cour constitutionnelle, le président estime que le but principal était de «développer la Constitution pour qu'elle devienne un système cohérent». Par rapport à cet objectif, M. *Sólyom* expose une méthode consistant en la transcription de principes moraux en droit: «la Cour Constitutionnelle a développé, pour reprendre les termes de Dworkin, le « contenu moral » ou la « lecture morale » de ces droits (à savoir les droits fondamentaux), en les prenant un par un et en tenant toujours compte de leur spécificité. Cette démarche nous a permis d'éviter de faire référence à des généralités telles que «l'ordre des valeurs de la Constitution», d'une part, et «d'instrumentaliser» les idées morales, d'autre part. Grâce à cette transcription des droits moraux dans le vocabulaire du droit constitutionnel, la Cour Constitutionnelle, par son travail jurisprudentiel était en mesure de pouvoir se référer à des principes juridiques et non plus à des principes moraux».¹¹

Concernant sa propre orientation philosophique, le président *Sólyom* affirme dans le même interview «qu'il est vrai qu'un juge constitutionnel étant au préalable professeur, a tendance à (...)essayer de transposer une conception théorique dans la pratique».¹² Pourtant, ce n'est qu'une période provisoire, explique-t-il, car par la suite l'ex-professeur devient un juge qui veut intégrer sa compétence professionnelle dans l'activité juridictionnelle et, en conséquence, il n'est pourrait plus être seulement dworkiniste. Evidemment, il n'abandonne pas sa personnalité et ses principes mais, au contraire, il les enrichit. Selon M. *Sólyom*, un juge constitutionnel n'a pas à mettre en œuvre dans sa mission telle ou telle théorie philosophique, il serait par conséquent incohérent de lui reprocher de ne pas suivre de doctrine définie.¹³

Un autre juge de la Cour constitutionnelle, le juge *Ádám* semble partager, lui aussi, certaines thèses de Dworkin, bien qu'il ne s'estime pas expressément «dworkiniste». Dans son article intitulé «La constitutionnalisation et la moralisation du système juridique», sont présents des arguments utilisés par Dworkin. Le juge *Ádám* commence son étude par l'analyse du phénomène de constitutionnalisation du système juridique.

⁹ R. DWORKIN: *L'Empire du droit*, PUF, Coll Recherches politiques, 1994, Paris, p. 279-280.

¹⁰ Interview de TOTH GÁBOR ATTILA paru in FUNDAMENTUM, n°1, 1997, p. 31-47.

¹¹ Interview de TOTH GÁBOR ATTILA paru in FUNDAMENTUM, n°1, 1997, p. 31.

¹² Interview de TOTH GÁBOR ATTILA paru in FUNDAMENTUM, n°1, 1997, p. 31.

¹³ Ibid, p. 31.

Au cours de son argumentation, il s'appuie sur les affirmations du professeur *Rousseau* développées dans son ouvrage «La justice constitutionnelle en Europe».¹⁴ Aux termes de celles-ci, le droit constitutionnel devient le droit-base de toutes autres branches du droit et ainsi, toutes les matières du droit sont branchées sur la Constitution. Le juge *Ádám* estime pour sa part, que ce sont les *valeurs constitutionnelles qui constituent la base de la constitutionnalisation du système juridique*. Ainsi, lors de l'examen de constitutionnalité, le juge constitutionnel doit tenir compte - «de manière synoptique» - des valeurs constitutionnelles mêmes si elles ne sont pas directement mises en rapport par le requérant avec la violation de ses droits constitutionnels. Au cours de son travail d'interprétation, écrit le juge *Ádám*, le juge constitutionnel tient compte du *système cohérent des valeurs constitutionnelles*, des traités internationaux ainsi que de ses *décisions antérieures disposant d'une valeur de précédent*.¹⁵

Pour le juge *Ádám*, la moralisation du système juridique s'exprime, de plus en plus souvent, dans des prescriptions constitutionnelles se référant à la «bonne foi», à «l'interdiction d'abus de droit», ou encore à une «fidélité à la Constitution», exigences qui sont notamment citées dans la réglementation relative aux personnes travaillant dans le secteur du service public. Par ce biais, de nombreuses exigences morales «prennent» un aspect juridique renforçant ainsi le caractère «protecteur de valeurs» du droit administratif en particulier et de la justice en général.¹⁶

Dans son article, le juge *Ádám* opère avec des notions utilisées par Dworkin comme «un système cohérent des valeurs constitutionnelles», ou système des «décisions antérieures de valeur de précédent» en envisageant une justice constitutionnelle qui effectue un véritable travail d'interprétation constructive. L'affirmation selon laquelle le juge constitutionnel doit tenir compte de toutes les valeurs constitutionnelles «de manière synoptique» ne serait-elle pas une transcription de la métaphore de Dworkin sur le «juge-romancier» rédigeant un chapitre du roman à la chaîne? La prise en compte d'un système cohérent des valeurs constitutionnelles n'a-t-elle pas la même signification que l'exigence que Dworkin établit à propos du «juge-romancier» qui doit «adopter un point de vue sur la progression du roman» et «chercher à trouver des niveaux et des courants de sens, plutôt qu'un seul thème dans toute son exhaustivité»?¹⁷

Différents auteurs notent également l'orientation dworkiniste de la Cour, et notamment de celle de M. *Sólyom*.

Ainsi, M. *Takács Albert* dans son article intitulé «Un révolutionnaire constitutionnel» consacré à l'appréciation de la présidence de M. *Sólyom*, constate l'influence de la philosophie de Dworkin sur le style d'interprétation du président ainsi

¹⁴ ROUSSEAU DOMINIQUE: *La justice constitutionnelle en Europe*, Monchrestien, EJA, 3^{ème} édition, 1998. Dans ce contexte, la page 160 est citée par le juge *Ádám* in *ÁDÁM ANTAL: A jogrendszer alkotmányosodása és erkölcsiesedése* (La constitutionnalisation et la moralisation du système juridique), *Jogtudományi Közlöny*, n°10, 1998, p. 351.

¹⁵ *ÁDÁM ANTAL: A jogrendszer alkotmányosodása és erkölcsiesedése* (La constitutionnalisation et la moralisation du système juridique), *Jogtudományi Közlöny*, n°10, 1998, p. 354. Souligné par nous.

¹⁶ *ÁDÁM ANTAL*: in *ibid*, p. 258.

¹⁷ DWORKIN: *L'Empire du droit*, PUF, Coll° Recherches politiques, 1994, Paris, p. 252.

que sur sa conception relative aux droits de l'Homme.¹⁸ Cet auteur estime qu'à la lecture des publications de M. *Sólyom* précédant sa présidence à la Cour constitutionnelle, se dégage son engagement pour une conception attribuant au droit une force formatrice et morale.

Dans son article intitulé «La justice constitutionnelle sur la balance» M. *Kis János* analyse la *lecture morale* en tant que méthode d'interprétation de la Cour constitutionnelle¹⁹ et note que la plupart des critiques relatives à l'activité de la Cour reprochent justement à celle-ci l'utilisation de cette méthode. M. *Kis* prend l'exemple d'une étude de M. *Törő Károly* qui reproche aux juges constitutionnels de «baser leurs décisions - et souvent des décisions d'une importance majeure -, non sur des dispositions précises et exactes, mais sur des soi-disant droits généraux de nature déclarative, qui, reflétant plus des principes moraux que des règles juridiques concrètes, peuvent être interprétés de différentes façons.»²⁰

Pour sa part, M. *Kis* considère que «la lecture morale des textes n'autorise pas le juge à appliquer sans condition ses positions morales aux décisions qu'il rend; au contraire, elle lui impose d'établir une argumentation. Comme toutes les autres méthodes d'interprétation de la Constitution, l'interprétation s'appuyant sur des arguments moraux dispose de ses propres tests, ainsi que des «mesures de sécurité» assurant sa cohérence. Une mesure de sécurité de ce type exige, par exemple, de choisir parmi plusieurs argumentations menant à la même conclusion celle qui est la moins discutable. Ainsi, si une loi peut être considérée comme inconstitutionnelle au motif qu'elle a été adoptée dans le cadre d'un processus inconstitutionnel, la déclaration d'inconstitutionnalité doit être basée sur cet argument, plutôt que sur une inconstitutionnalité de fond qui peut être discutée plus facilement qu'un vice procédural.»²¹

Après avoir constaté l'influence générale de la philosophie de Dworkin sur la conception des juges relative à la justice constitutionnelle, il faut s'intéresser aux décisions portant les signes de son influence concrète sur certain type de décisions.

B. L'influence «concrète» sur les décisions relatives à la discrimination positive

Les affaires relatives à l'interdiction de discrimination sont les plus nombreuses dans la pratique de la Cour, représentant à elles seules 198 décisions rendues entre 1990 et 1995.²²

Par conséquent, la jurisprudence relative au droit à l'égalité s'est considérablement enrichie. Elle est caractérisée par un dépassement du seul respect de l'égalité formelle

¹⁸ TAKÁCS ALBERT: *Egy alkotmányos forradalmár* (Un révolutionnaire constitutionnel), *FUNDAMENTUM*, n° 3, 1999, 30-42. L'affirmation référée se trouve sur la page 34 de l'article.

¹⁹ KIS JÁNOS: *Alkotmánybíráskodás a mérlegen* (La justice constitutionnelle sur la balance), *FUNDAMENTUM*, n° 3, 1999, p. 5-30.

²⁰ TÖRŐ KAROLY: *Az alkotmánybíráskodás és a Láthatatlan Alkotmány* (La justice constitutionnelle et la Constitution invisible), *Magyar Jog*, n°2, 1992, p. 86 cité par KIS János in *ibid*, p. 19.

²¹ KIS JÁNOS: in *Ibid*, p. 20.

²² Cette observation a été faite par GYÓRFI TAMAS: in *A diszkrimináció tilalma: egy különleges státuszú jog* (L'interdiction de la discrimination en tant qu'un droit d'un statut particulier), *Jogtudományi Közlöny*, n°7-8, 1996, p. 275. Pour la période de 1995 à 1998 aucune statistique n'est disponible.

au profit de la garantie de l'égalité matérielle. Ainsi, on peut citer 39 décisions de la Cour où la notion de discrimination positive est expressément présente dans la motivation.²³ Ce fait revêt une importance particulière en la matière, dans le sens où la position prise par la Cour constitutionnelle au sujet de la discrimination positive semble très clairement porter la marque de la philosophie de Dworkin.

Le président Sólyom, dans l'interview déjà évoqué, confirme cette observation relative à l'influence dworkinienne sur ce type de décisions, en estimant que «dans les premiers arrêts rendus au sujet de la discrimination positive,(...) nous avons suivi son argumentation (*celle de Dworkin*) selon laquelle il faut trouver la solution susceptible d'aboutir à l'égalité dans la société, même si les moyens de réalisation induisent malgré tout l'inégalité. C'est la philosophie de l'*affirmative action*.»²⁴

Il convient d'examiner par la suite l'émergence et le développement de cette philosophie dans la pratique de la Cour.²⁵

C'est dans la décision n° 9/1990 (IV.25) que la Cour a pour la première fois interprété le droit à l'égalité.

Le requérant contestait une disposition de la loi sur les impôts²⁶ permettant de diminuer la base des revenus imposables pour des couples ayant trois enfants et pour les familles monoparentales à deux enfants. Selon le requérant, cette disposition opérait une distinction inconstitutionnelle entre les enfants en fonction du nombre de leurs frères ou sœurs et selon que leurs parents vivaient ensemble ou séparés. Selon la motivation, «l'interdiction de la discrimination ne s'étend pas à toute distinction, et notamment pas à celle visant à aboutir à une plus grande égalité dans la société». Dans son argumentation, le juge constitutionnel a mis en rapport les notions de dignité humaine et d'égalité pour en conclure que «l'interdiction de discrimination signifie que le droit doit traiter chacun comme un égal (comme une personne d'une égale dignité), avec un égal respect et une égale attention, et que lors de la détermination des critères de la répartition des droits et faveurs, il faut tenir compte - d'une manière équitable - de différents points de vue individuels présents dans la société.» Par conséquent, dans cette décision, la Cour a estimé que la distinction en question n'était pas contraire à l'article 70/A, alinéa 1 de la Constitution relatif à l'interdiction de la discrimination.

Les fondements théoriques du lien entre la dignité et l'égalité ont été précisés davantage dans la décision n° 64/1991 (X.31) sur l'IVG. Au terme de celle-ci, «une

²³ Notamment les décisions n° 27/1998. (VI. 16.), 20/1998. (V. 22.), 7/1998. (III. 18.), 2/1998. (II. 4.), 61/1997. (XI. 19.), 34/1997. (VI. 11.), 32/1997. (V. 16.), 30/1997. (IV. 29.), 22/1997. (IV. 25.), 22/1996. (VI. 25.), 4/1996. (II. 23.), 60/1995. (X. 6.), 56/1995. (IX. 15.), 39/1995. (VI. 2.), 1/1995. (II. 8.), 46/1994. (X. 21.), 35/1994. (VI. 24.), 49/1993. (VII. 6.), 33/1993. (V. 28.), 26/1993. (IV. 29.), 16/1993. (III. 12.), 15/1993. (III. 12.), 4/1993. (II. 12.), 54/1992. (X. 29.), 36/1992. (VI. 10.), 11/1992. (III. 5.), 6/1992. (I. 30.), 64/1991. (XII. 17.), 50/1991. (X. 3.), 49/1991. (IX. 27.), 28/1991. (VI. 3.), 26/1991. (V. 20.), 16/1991. (IV. 20.), 33/1990. (XII. 26.), 24/1990. (XI. 8.), 23/1990. (X. 31.), 21/1990. (X. 4.), 9/1990. (IV. 25.).

²⁴ Interview de TOTH GABOR ATTILA paru in FUNDAMENTUM, n°1, 1997, p. 32.

²⁵ Dans la démonstration sera suivie la logique de M. GYÖRFI, et notamment la première partie de son argumentation développée in GYÖRFI TAMAS: *A diszkrimináció tilalma: egy különleges státuszú jog* (L'interdiction de la discrimination en tant qu'un droit d'un statut particulier), Jogtudományi Közlöny, n°7-8, 1996, p. 276-279.

²⁶ Il s'agit de la loi n° XLV de 1989.

des fonctions du droit à la dignité humaine est l'assurance de l'égalité», et «grâce à l'entité que forme le droit à la vie avec le droit à la dignité humaine, les individus sont égaux non seulement dans la mort mais dans la vie aussi; l'égalité des vies est garantie également par la dignité humaine». La décision distingue deux aspects de l'égalité tels que *le droit à un traitement égal* et *le droit à être traité comme un égal*, admettant ainsi la possibilité d'une discrimination positive. Dans ce sens, la décision estime que «si un objectif de la société - non contraire à la Constitution - ne peut être réalisé, ou un droit constitutionnel assuré autrement qu'en s'écartant du sens strict de l'égalité, une telle discrimination positive ne peut être considérée comme inconstitutionnelle».

La décision établit également les limites de l'admissibilité de la discrimination positive. C'est en effet au niveau des droits fondamentaux énoncés dans la Constitution que la discrimination positive est exclue, dans la mesure où «un objectif de la société en tant qu'intérêt social peut l'emporter sur les intérêts individuels, mais ne peut l'emporter sur les droits constitutionnels de l'individu».

Ces deux décisions ont servi de base à la jurisprudence ultérieure de la Cour relative à la discrimination positive. Les formulations citées des décisions montrent une ressemblance évidente avec celles utilisées par Dworkin dans son ouvrage intitulé *Prendre les droits au sérieux*, où il estime que les citoyens gouvernés par une conception libérale de l'égalité ont chacun *le droit à une égale attention et un égal respect*. Il précise qu'en effet «on peut comprendre par ce droit abstrait à l'égalité deux droits différents. Le premier est *le droit à un traitement égal*, c'est à dire le droit de recevoir ou d'avoir la même part de biens ou de chances que n'importe qui d'autre. (par exemple le traitement égal dans la répartition du pouvoir électoral). Le second droit est *le droit à être traité comme un égal*. C'est le droit, non pas à une égale distribution de quelque bien ou chance, mais celui à l'égale attention et à l'égal respect dans la décision politique concernant la manière selon laquelle la répartition de ces biens et chances doit se faire.»²⁷

Le juge hongrois utilise manifestement la même terminologie que Dworkin. En revanche, son raisonnement est enrichi par la présence plus significative de l'élément de la dignité humaine.

Pour M. *Pokol*, l'existence parallèle de l'égalité en droit avec l'égalité des chances est une contradiction que la Cour tente de supprimer en transposant les deux valeurs sur un niveau plus abstrait. De plus, souligne M. *Pokol*, la Cour, en suivant les indications de Dworkin, considère que la formule de «droit à être traité comme une personne d'une égale dignité» peut être invoqué aussi bien pour se conformer à l'exigence de l'égalité formelle que pour s'en écarter, ce qui est absurde.²⁸

M. *Györfi* ne partage pas cette opinion, et estime qu'il ressort des formulations utilisées dans les motivations des décisions que la Cour accorde, par rapport à la notion concrète d'égalité (*le droit à un traitement égal*), une plus grande importance à la notion abstraite de celle-ci, c'est à dire, au *droit à être traité comme un égal*.

²⁷ DWORKIN: *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, PUF, Paris, 1995, p. 390.

²⁸ POKOL BELA: *Jogbölcséleti vizsgálódások*. (Théorie de droit), éd Nemzeti Tankönyvkiadó, 1994, p. 12, 37-39, cité par Györfi in GYÖRFI TAMÁS, *A diszkrimináció tilalma: egy különleges státuszú jog* (L'interdiction de la discrimination en tant qu'un droit d'un statut particulier), Jogtudományi Közlöny, n°78, 1996, p. 277.

D'ailleurs, argumente Győrfi, l'un ne peut être mis en face de l'autre, puisque la répartition égale des biens (contenu du *traitement égal*) ne représente pas une valeur constitutionnelle en elle-même. Il souligne que selon la logique de Dworkin, dans l'ordre constitutionnel, le droit à être traité comme un égal est un élément constitutif, alors que le traitement égal n'en est qu'un élément dérivé. Par conséquent, les deux éléments ne peuvent pas se situer au même niveau, puisque l'un peut être dérivé de l'autre.²⁹

C'est cette dernière position que l'on doit confirmer, Dworkin ayant déjà traité la problématique que M. Pokol soulève en signalant une incohérence de jurisprudence.

Ainsi, dans «*Prendre les droits au sérieux*» Dworkin éclaire cette question de la manière suivante: «je suggère que le droit à être traité comme un égal doit être considéré comme fondamental dans la conception libérale de l'égalité et que le droit plus restrictif à un traitement égal n'est utilisé que dans des circonstances particulières où, pour une raison spéciale, il découle du droit plus fondamental. (...) Je suggère également que les droits individuels à des libertés spécifiques ne doivent être reconnus que lorsqu'on peut prouver que le droit fondamental d'être traité comme un égal requiert ces droits».³⁰

Les décisions de la Cour constitutionnelle hongroise relatives à la discrimination positive sont ainsi imprégnées des thèses que Dworkin a formulé au sujet de l'égalité. Cette forte influence ne jouie pourtant que partiellement dans la jurisprudence de la Cour dans la mesure où elle n'apparaît si nettement que dans le domaine de l'interdiction de la discrimination.

Ainsi, comme le souligne avec pertinence M. Pokol, dans la jurisprudence de la Cour sont présentes deux «*pierre angulaires*» qui, selon la théorie d'interprétation de Dworkin s'excluent impérativement. Il s'agit du *droit à une égale dignité* et du *droit à une autonomie générale* appelé également *droit général de la personnalité*. Alors que le premier prouve l'influence dworkinienne, le deuxième a été calqué sur le modèle de la Cour constitutionnelle allemande. Puisque le deuxième, c'est à dire, le droit général de la personnalité se réfère à un *droit général à la liberté*, il se trouve en contradiction avec le *droit à l'égalité*.³¹ En effet, Dworkin fait prévaloir le droit à l'égalité sur le droit général à la liberté lorsqu'il estime «absurde de supposer que les hommes et les femmes ont un quelconque *droit général à la liberté*».³² et que «dans tout sens fort de droit, qui serait compétitif avec le *droit à l'égalité*, il n'y a pas du tout de *droit général à la liberté*».³³

Cette divergence est suffisamment importante pour conclure que le juge constitutionnel hongrois ne reste pas fidèle à la philosophie de Dworkin dans tous les

²⁹ GYÖRFI TAMAS: *A diszkrimináció tilalma: egy különleges státuszú jog* (L'interdiction de la discrimination en tant qu'un droit d'un statut particulier), *Jogtudományi Közlöny*, n°7-8, 1996, p. 277.

³⁰ DWORKIN: *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, PUF, Paris, 1995, p. 390.

³¹ POKOL BELA: *Jogbölcséleti vizsgálódások*, (Théorie de droit), éd Nemzeti Tankönyvkiadó, 1994, p. 18.

³² DWORKIN: *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, PUF, Paris, 1995, p. 382.

³³ POKOL BELA: *Jogbölcséleti vizsgálódások*, (Théorie de droit), éd Nemzeti Tankönyvkiadó.

³³ DWORKIN: *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, PUF, Paris, 1995, p. 385.

³³ POKOL BELA: *Jogbölcséleti vizsgálódások*, (Théorie de droit), éd Nemzeti Tankönyvkiadó.

domaines de sa jurisprudence. Il s'inspire plutôt de différentes théories afin d'avoir - semble-t-il - un nombre maximal des outils d'interprétation à sa disposition.

Alors que la philosophie de Dworkin a déployé une influence effective sur le travail du juge constitutionnel hongrois, certains aspects de celui-ci semblent correspondre à une méthodologie étrangère faisant partie de la «théorie structurante du droit» élaborée par *Friedrich Müller*.

§2. La méthodologie de *Friedrich Müller* mise en pratique par le juge constitutionnel hongrois?

En recherchant les fondements théoriques des méthodes de travail du juge constitutionnel, on est amené à étudier la *théorie structurante du droit* élaborée par le théoricien allemand *Friedrich Müller*³⁴. Cette théorie comporte quatre parties : dogmatique, méthodologie, théorie de la norme et théorie de la Constitution. Seul est ici intéressant la deuxième partie consacrée à la méthodologie, partie qui est d'ailleurs la partie stratégique de ladite théorie.³⁵

Cette théorie allemande n'ayant jamais été évoquée par les juges hongrois, ni «officiellement» ni lors d'entretiens, son influence effective sur leurs méthodes de travail ne peut être affirmée. Pourtant, mettre en rapport la conception méthodologique de *Müller* avec le travail créateur du juge constitutionnel hongrois semble pertinent pour plusieurs raisons.

Premièrement, parce que cette nouvelle méthodologie accorde au juge constitutionnel une liberté importante - puisque créatrice - dans la mise en œuvre de la Constitution, en considérant le travail de ce dernier comme une activité allant largement au delà de la simple application des normes. L'essence de cette méthodologie peut s'identifier par sa différence au modèle herméneutique.

Ainsi, à la place du modèle classique consistant à la sélection et à l'application des normes de référence, *F. Müller* en propose un autre qui, en envisageant un travail de *construction* pour le juge constitutionnel, vise la *concrétisation* de ces mêmes normes.

Par la concrétisation, il faut entendre la construction de la norme à l'occasion de la résolution d'un cas, puisque «la norme juridique doit à chaque fois, dans chaque espèce, tout d'abord être produite».³⁶ Ainsi, la norme ne se conçoit pas chez *F. Müller* comme le point de départ de la concrétisation, mais comme son résultat.³⁷ Il conteste par conséquent la conception herméneutique relative à la préexistence de la norme à l'application, en estimant «qu'il est tout aussi absurde de penser que la norme préexiste à ce travail du juriste (le «travailleur du droit») que de penser que la maison serait déjà dans le plan de l'architecte».³⁸

³⁴ F. MÜLLER: *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, Paris.

³⁵ Considération tirée de la présentation du traducteur (Olivier Jouanjan) in MÜLLER FRIEDRICH: *Discours de la méthodes juridique*, PUF, 1996, Paris, p. 6.

³⁶ MÜLLER FRIEDRICH: *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, Paris, p. 45.

³⁷ MÜLLER FRIEDRICH: *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, Paris, p. 14.

³⁸ MÜLLER: *ibid*, p. 14.

En identifiant ainsi le travail du juge constitutionnel dans la construction de la norme juridique (dans sa «concrétisation»), la méthodologie de *F. Müller* estime avoir pour tâche la structuration du processus de production des normes par le juge constitutionnel. Pour emprunter les termes d'*Olivier Jouanjan*,³⁹ cette méthodologie n'est plus «doctrine d'application» mais «doctrine de la production du droit».⁴⁰

Pour décrire le travail du juge constitutionnel hongrois, cette vision du juge «créatif» semble être particulièrement appropriée.

Poser la grille de la méthodologie de *Müller* sur le travail du juge constitutionnel permet de «lire» les caractéristique de celui-ci avec plus de facilité qu'un empruntant le schéma herméneutique. Ainsi, la «construction des normes constitutionnelles» peut être entendu comme la «mise en ordre» des normes contenues par la Constitution, travail que le juge hongrois effectue incontestablement.⁴¹

Mais la construction des normes ne s'arrête pas à leur harmonisation. L'exemple type des méthodes de construction du juge constitutionnel hongrois lors de la concrétisation des normes juridiques est l'opération avec la dignité humaine.

Le *texte* de cette norme énonce pour toute personne dans la République de Hongrie le droit inhérent à la vie et à la dignité humaine, droit dont personne ne peut être privé arbitrairement. Mais en effet, le deuxième alinéa de cet article⁴² ne précise que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et en particulier l'interdiction de soumettre une personne à une expérience médicale ou scientifique sans son libre consentement. C'est à partir de ce texte de norme que le juge constitutionnel hongrois a fait un travail tout à fait considérable menant à des affirmations tout à fait révélatrices relatives à la dignité humaine. Cet exemple montre que le texte de la disposition constitutionnelle a été uniquement utilisé comme base de la construction de cette norme dont le contenu a été développé par le juge au point de la considérer comme un «droit maternel».⁴³ Ce type de considérations dépasse nettement les bornes de l'interprétation herméneutique puisque celle-ci n'est pas en mesure de pouvoir expliquer comment le juge pourrait, par la voie d'une simple

³⁹ JOUANJAN OLIVIER: Droit et langage selon la «Théorie structurante du droit», *Le temps des savoirs*, n°1, avril 2000, Odile Jacob, p. 39.

⁴⁰ Le processus de concrétisation de la norme est expliqué par *Müller* en ces termes: «Le *texte* de norme est, à côté de l'espèce, la donnée de départ du processus de concrétisation.(...) Le juriste qui doit trancher le cas choisit, au vu des circonstances de l'espèce, les textes de normes qui, compte tenu de l'état de ses connaissances, lui semblent «appropriés». Par le canal de ces textes de normes, se glissent dans le travail les aspects factuels des normes juridiques qui sont ainsi supposées convenir (*champ factuel*), aspects qui sont d'ordinaire, pour des raisons d'économie de travail, restreints à ceux qui correspondent à la particularité des circonstances de l'espèce, le «*champ de l'espèce*». L'interprétation de l'ensemble des données linguistiques, c'est à dire l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues, dégage le «*programme normatif*» (*Normprogramm*). A l'aide de celui-ci, le décideur choisit à partir du «*champ factuel*», ou du «*champ de l'espèce*», la quantité des faits conformatifs (*mit-normativ*) pour la solution de l'espèce, le «*champ normatif*»; celui-ci recouvre donc la quantité des données réelles qui sont à bon droit utilisées pour contribuer à fonder la décision. (...) Le programme normatif et le champ normatif composent ensemble la «*norme juridique*» qui doit être formulée de manière abstraite et générale. Le dernier moment du travail du juriste consiste à individualiser cette norme juridique en une *norme-décision* (*Entscheidungsnorm*) (dispositif du jugement)».⁴⁰

⁴¹ Cf. chapitre précédent.

⁴² Il s'agit de l'article 54 de la Constitution, situé dans le chapitre XII intitulé «les droits et obligations fondamentaux».

⁴³ Voir sur ce sujet dans la partie I, Titre II, Section 1, §3, point B intitulé «Les «droits maternels»: l'exemple de la dignité humaine».

explication du texte et par la logique du syllogisme, aboutir à des «conclusions» pareilles.

Par ailleurs, tout le travail du juge constitutionnel sur le système de la Constitution (travail étudié dans le chapitre dernier) rentre dans la logique de la construction du contenu des normes. Mais paradoxalement, c'est justement cette affirmation qui désigne les limites de la transposabilité de la théorie müllerienne dans le travail du juge constitutionnel hongrois.

C'est pour motif que *F. Müller* n'admet pas l'hypothèse d'un «système de valeurs» formé des droits fondamentaux. Il reproche à la Cour constitutionnelle allemande d'établir un «système de valeurs» formé par les droits fondamentaux comme une «hiérarchie de valeurs» à l'intérieur de laquelle il convient de procéder à un bilan. *F. Müller* constate une certaine incohérence d'interprétation dans la mesure où «cette jurisprudence offre l'image d'un pragmatisme dominant qui se reconnaît (...) dans les méthodes d'interprétation - méthodes qui, dans l'affirmation de leur caractère exclusif, sont celles du positivisme légaliste - et dont elle viole cependant les règles à chaque fois que celles-ci se révèlent insuffisantes, sans même s'expliquer sur les raisons d'une telle violation».⁴⁴

Ces reproches pourraient être adressées à la Cour constitutionnelle hongroise qui opère également avec le système des droits fondamentaux. De plus, le président Sólyom ne nie pas «qu'au cours de notre travail d'interprétation des droits fondamentaux nous (les juges constitutionnels) avons *fait apparaître leur contenu moral*».⁴⁵ Ainsi, même si la Cour hongroise s'est préservée de l'utilisation explicite d'un tel «système de valeurs», à travers des tests appliqués au cours du contrôle de constitutionnalité visant à savoir quel droit peut être limité par l'autre, elle met en balance les droits fondamentaux afin de «mesurer leur importance», réalisant ainsi un choix en faveur de la jouissance de l'un ou l'autre. N'est-ce pas là une sorte de hiérarchie des droits fondamentaux établie en fonction de leur valeur?

Pour résumer, l'attente que formule *Müller* à l'égard du juge constitutionnel est qu'il construise le contenu des normes une par une, par rapport aux cas d'espèces se présentant devant lui. Il s'oppose à l'élaboration d'un «système des droits fondamentaux» basées à leur valeur, probablement parce qu'il voit dans un tel système le danger de la reformulation des normes «préexistant à l'application» ayant la faiblesse du positivisme. En tout cas, à cause de cette exigence sévère visant un travail constructif sur chacune des normes uniquement en fonction de leur «champs factuel et normatif» individuel et en excluant la possibilité d'intégrer ces normes dans un système, actuellement ni la cour constitutionnelle allemande, ni la cour hongroise correspondent à ce modèle méthodologique. Cette manque de correspondance n'empêche pas d'affirmer qu'à notre sens, l'approche de la méthodologie de *Müller* fait comprendre davantage le travail constructif du juge constitutionnel hongrois que le modèle herméneutique se montrant beaucoup trop simplifié.

⁴⁴ MÜLLER FRIEDRICH: *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, Paris, p. 91.

⁴⁵ Interview de TÓTH GABOR ATTILA avec le président de la Cour Constitutionnelle, paru dans FUNDAMENTUM, n° 1997/1, p. 32.

Ainsi, lorsque l'on souhaite apprécier la jurisprudence de la Cour constitutionnelle hongroise en fonction de la théorie de *F. Müller*, on doit conclure à une correspondance partielle. Pour ce qui est du reste, c'est à dire les divergences de la jurisprudence avec la théorie müllerienne, elles peuvent être dues, en fin de compte, à l'adoption de la théorie de Dworkin mettant en valeur justement le contenu moral des droits fondamentaux.

Les méthodes d'interprétations de la Cour hongroise peuvent être ainsi considérées comme des «hybrides» de différentes théories.

HORVÁTH ALEXANDRA

A JOGÉRTELMEZÉS FOGALMÁNAK KITERJESZTÉSÉRE VONATKOZÓ NÉMET ES AMERIKAI ELMÉLETEK HATÁSA AZ ALKOTMÁNYBÍRÓ MUNKÁJÁRA

(Összefoglalás)

A tanulmány azt vizsgálja, hogy az alkotmánybíró a gyakorlatában hogyan hasznosít jogelméleti téziseket.

A tanulmány két részre osztható. Az első részben az alkotmánybíróra ható elméleteket vizsgálja, ezen belül is az amerikai jogfilozófus, *Ronald Dworkin* téziseinek érvényesülését. Szerző szerint Dworkin elmélete két szinten hat a magyar alkotmánybíró munkájára. Először is általános szinten, amennyiben a bíró alkotmánybíráskodásról alkotott nézeteit befolyásolja. Másrészt a dworkini jogfilozófia konkrét hatása is kimutatható a magyar alkotmánybíró joggyakorlatában, nevezetesen a pozitív diszkriminációval kapcsolatos döntéseiben.

A második rész a német jogfilozófus, *Friedrich Müller* által kidolgozott módszertant⁴⁶ állítja kapcsolatba a magyar alkotmánybíró munkájával, anélkül, hogy tudatos átvételét feltételezné. Ennek az elméletnek a jelenlétét az értekezésben az igazolja, hogy a Müller-féle módszertan könnyebben használható a magyar alkotmánybíró konstruktív módszereinek bemutatására, mint a logikai szillogizmus. Ez azért van így, mert Müller, túllépve a hermeneutikai modellen, nem egyszerű jogalkalmazásról beszél az alkotmánybíró munkája kapcsán, hanem a jog «előállításáról». Szerinte a norma szövege közel sem «alkalmazásra kész», hanem csupán alapul szolgál az alkotmánybíró «norma-építéséhez». Az alkotmánybíró kreatív munkáját állító Müller-féle elmélet azonban nem illeszkedik minden pontjában a magyar alkotmánybíró munkamódszereire. Müller ugyanis elveti az alapjogokon alapuló «értékrendszer» létezését az Alkotmányban (ezen rendszer használatát szemére veti a német alkotmánybírósnak),

⁴⁶ MÜLLER FRIEDRICH: *Discours de la méthode juridique*, Léviathan, PUF, Párizs, 1996.

HELMUT KLAERE

Die deutschen Schwurgerichte nach 1848

Unter dem Einfluß der revolutionären Ereignisse des Jahres 1848 hatten nahezu alle deutschen Einzelstaaten ihre Strafgerichtsverfassung und ihre Regelungen des Strafverfahrens grundlegend geändert. An die Stelle des schriftlichen und geheimen Inquisitionsprozesses trat – nach dem Vorbild des *Code d'instruction criminelle* von 1808¹ – der sog. Anklageprozeß, dessen charakteristische Merkmale die Mitwirkung einer Staatsanwaltschaft, ein öffentliches und mündliches Verfahren sowie die freie Beweiswürdigung sind. Das Verlangen des Volkes nach Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber den Regierungen, aber auch sein Wunsch nach einer volkstümlichen Rechtsprechung fand in der Einführung des Schwurgerichts seinen Niederschlag. Durch die genannten Neuerungen entstand der sog. reformierte Strafprozeß.²

I. Die Ausgestaltung des Schwurgerichtswesens

Die Umstellung vom überwiegend schriftlichen zum mündlichen Verfahren brachte große Veränderungen mit sich, und keiner befand sich in einer schwierigeren Stellung als der Assisenpräsident, dessen Aufgabe es war, das Verfahren so zu leiten, daß jeder für die Entscheidung wichtige Umstand so klar und vollständig aufgeklärt wurde, daß die Geschworenen in den Stand gesetzt wurden, ein gerechtes Urteil zu fällen. Mittermaier schrieb 1849. „Er ist es, welcher den Gang des Verfahrens, die Anordnung, in welcher die einzelnen Beweise benützt werden sollen, bestimmt; er verfügt über die große Zahl der im Laufe einer Verhandlung gestellten Anträge und Gesuche, und muß hier ebenso den oft auf Einschüchterung von Zeugen, auf Irreleitung der Geschworenen berechneten Anträgen und Erklärungen des übermächtigen Staatsanwaltes, als den schlaunen, oft Verwirrung der Sache, oder Verleitung eines Zeugen, nicht die reine Wahrheit zu sagen, bezweckenden Anträgen entgegenwirken. Der Assisenpräsident muß in jedem Fall gefaßt sein, wenn unvorhergesehene Zwischenereignisse eintreten, z.B. falsche Aussagen eines Zeugen, das Geeignete zu verfügen;

¹ Vgl. hierzu im einzelnen CRAMER, DORIS: *Das französische Schwurgericht, Geschichte und Problematik*. Marburger Dissertation 1968, S. 59 ff.

² Vgl. hierzu KERN, EDUARD: *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*. München und Berlin 1954 S. 74 f. und v. HIPPEL, ROBERT VON: *Deutsches Strafrecht*, Bd. 1, Berlin 1925, S. 312 f. Ein anschauliches Bild von den Zuständen in der Justiz, deretwegen man u. a. auf die Einführung des Schwurgerichts drängte, gibt die Arbeit von WALLMANN, WILHELM: *Einflußnahme der Exekutive auf die Justiz im 19. Jahrhundert*. Marburger Dissertation 1968.

er muß oft schnell ein bisher unbenütztes Material zur Entdeckung der Wahrheit herbeischaffen ... Er hat die Pflicht, durch seine Fragenstellung die Geschwornen zu einer erschöpfenden bestimmten Antwort zu veranlassen, und soll überall die Unparteilichkeit in solchem ausgedehnten Maaße bewahren, daß auch nicht entfernt sein Benehmen oder irgend eine Äußerung verrathe, ob er den Angeklagten für schuldig oder unschuldig halte, damit er, dessen hohe Stellung leicht auf die Geschwornen wirken könnte, auf keine Art Einfluß auf ihre Abstimmung ausübe.“³

Praktische Erfahrungen gab es lediglich in den linksrheinischen Gebieten, wo sich das französische Vorbild eingebürgert hatte, und nachdem das Schwurgericht eingeführt worden war, hofften viele Juristen, sich durch das Studium der französischen Gesetzbücher und durch Reisen in die Rheingegenden, wo sie Assisenverhandlungen beiwohnen konnten, auf das Verfahren vorbereiten zu können.

Um ein Bild von der Organisation und dem Verfahren des in den deutschen Einzelstaaten eingeführten Schwurgerichts zu vermitteln, bietet sich die preußische Regelung an, weil Preußen bei der Neugestaltung des Gerichtsverfassungs- und Strafverfahrensrechts in der Zeit des Deutschen Bundes und später bei der Reichsgesetzgebung eine führende Rolle gespielt hat. Soweit also nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird, ist im folgenden die preußische Regelung zugrunde gelegt.

1. Zuständigkeit und Zusammensetzung

Die Schwurgerichte setzten sich wie folgt zusammen: fünf Berufsrichter – ein Vorsitzender und vier Beisitzer – sowie ein Gerichtsschreiber bildeten den sog. Schwurgerichtshof. Hinzu traten zwölf Laienrichter: die Geschworenen. Beide Gremien zusammen bildeten das Schwurgericht. Die Zuständigkeit des Schwurgerichts erstreckte sich auf die Untersuchung und Aburteilung derjenigen Verbrechen, die in den Strafgesetzen mit einer härteren als dreijährigen Freiheitsstrafe bedroht waren, außerdem der politischen Vergehen und Pressevergehen.⁴ Die in der oktroyierten Verfassung von 1848 vorgesehene weitreichende Kompetenz der Schwurgerichte wurde im Zuge der reaktionären politischen Entwicklung jedoch bald wieder eingeengt. Bereits in der revidierten Verfassung vom 31. Januar 1850⁵ wurde der Grundsatz, daß die Schwurgerichte für alle schweren Verbrechen allgemein zuständig sein sollten, wieder aufgegeben. Art. 95 der revidierten Verfassung bestimmte nunmehr, daß für Hochverrat und Verbrechen gegen die innere und äußere Sicherheit des Staates ein "besonderer Schwurgerichtshof" errichtet werden sollte.

Mit Gesetz vom 21. Mai 1852⁶ wurde die Verfassung dann weiter dahin abgeändert, daß bei Verbrechen die Entscheidung über die Schuldfrage nur dann durch Geschworene erfolgen solle, "soweit nicht ein (einfaches) Gesetz Ausnahmen bestimmt." In Art. 3 dieser Novelle wurde an die Stelle des im Jahre 1850 für politische Verbrechen geschaffenen "besonderen Schwurgerichtshofes" ein "Gerichtshof" gesetzt. In Ausführung der so geänderten Verfassung bestimmte das Gesetz vom 25.

³ MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON: *Über die Stellung des Assisenpräsidenten*. in: Gerichtssaal 1. Bd, 1849, S. 17–40, S. 19.

⁴ Pr. GS, S. 209.

⁵ Pr. GS, S. 17.

⁶ Pr. GS, S. 249.

April 1853,⁷ daß über Hochverrat, Landesverrat und Tätlichkeiten gegen den König anstelle der Schwurgerichte ein ausschließlich mit Berufsrichtern besetzter Senat des Kammergerichts zu befinden habe. Ein Gesetz vom 6. März 1854⁸ stellte auch für Pressedelikte die alten Zuständigkeitsverhältnisse wieder her, d. h. es wurden die bloßen Pressevergehen – die Mehrzahl aller Pressedelikte – der Zuständigkeit des Schwurgerichts wieder entzogen.

Für die Zeit der Reaktion war also auch in Preußen kennzeichnend, daß es der Regierung darauf ankam, die Zuständigkeit der Schwurgerichte einzudämmen und die Geschworenen vor allem von der Aburteilung politischer Vergehen und Pressevergehen wieder auszuschließen.

2. Geschworenenauswahl

Die Fähigkeit zum Geschworenenamnt wurde nur demjenigen zugesprochen, der "die Eigenschaft eines Preußen", also die preußische Staatsangehörigkeit besaß. Nur Männer kamen für das Amt des Geschworenen in Betracht. Sie mußten mindestens 30 und durften höchstens 70 Jahre alt sein. Sie mußten sich im Besitz der bürgerlichen Rechte befinden, lesen und schreiben können und wenigstens seit einem Jahr in der betreffenden Gemeinde ihren Wohnsitz haben.

Zu Geschworenen konnten nicht berufen werden: hohe Staatsbeamte, im aktiven Dienst befindliche Militärpersonen, Religionsdiener aller Konfessionen, Elementar-(Volks-)schullehrer, Dienstboten und alle, die nicht einen bestimmten, sehr hoch angesetzten Steuersatz erreichten. Von diesem Zensus ausgenommen waren die sog. Kapazitäten, z. B. Rechtsanwälte, Professoren und Ärzte. Der Ausschluß bestimmter Personenkreise vom Geschworenendienst sollte vor allem eine Garantie für die Urteilsfähigkeit und Unabhängigkeit der Geschworenen sein.⁹ Das Erfordernis eines gewissen Einkommens wurde damit begründet, daß nur denjenigen die Übernahme des Geschworenenamtes zugemutet werden sollte, die die damit verbundenen finanziellen Lasten tragen konnten.¹⁰

Zum Ausschluß der "Elementarlehrer" bemerkte v. Gneist:¹¹ "Der ostensible Grund bei den Schullehrern ist ihre Unentbehrlichkeit für den laufenden Beruf; wie in Frankreich hat aber auch wohl die Angst vor den radikalen Schulmeistern mitgewirkt. Solche Bedenken könnte man indessen bei anderen Klassen der Gesellschaft mit gleichem Recht geltend machen."

Die für das Geschworenenamnt in Frage kommenden Personen wurden alljährlich von den Städten und Gemeinden in sog. Urlisten zusammengefaßt. Aus den Urlisten wurde dann vom Regierungspräsidenten für jeden Schwurgerichtsbezirk eine Jahresliste der Geschworenen zusammengestellt. Die Preußische Strafprozeßordnung vom 25. Juni 1867¹² bestimmte für die 1866 zu Preußen gekommenen Landesteile

⁷ Pr. GS, S.162.

⁸ Pr. GS, S. 96.

⁹ Vgl. PLANCK, JULIUS WILHELM: *Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848*. Göttingen 1857, S.14 ff.

¹⁰ Vgl. PLANCK: a.a.O., S.16; v. GNEIST, RUDOLF: *Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*. Berlin 1849, S. 172.

¹¹ v. GNEIST: a.a.O. S.180

¹² Pr. GS 1866, S. 555, 875.

(Schleswig-Holstein, Hannover, Kurhessen, Nassau, Frankfurt), daß die Auswahl der Geschworenen nicht mehr durch den Regierungspräsidenten, sondern durch den Präsidenten des Appellationsgerichts zu erfolgen habe. Diese Neuerung war dem Drängen liberaler Kräfte zu verdanken, die die Auswahl der Geschworenen durch den von der Regierung abhängigen Regierungspräsidenten seit jeher bekämpft hatten.¹³

Vierzehn Tage vor der Schwurgerichtsperiode sandte der Regierungspräsident ein Verzeichnis von 48 aus der Jahresliste ausgewählten Personen an den Schwurgerichtspräsidenten, der das Verzeichnis nach seinem Ermessen von 48 auf 30 Personen (die sog. Dienstliste) reduzierte. Diese Personen wurden dann zur Schwurgerichtssitzung geladen.

Zu Beginn der Hauptverhandlung wurden die Namen der erschienenen Geschworenen auf Zettel geschrieben und in eine Urne gelegt. Der Vorsitzende zog dann die Zettel nacheinander aus der Urne heraus und verlas die jeweils daraufstehenden Namen. Der Staatsanwalt sowie der Angeklagte bzw. sein Verteidiger hatten sich zu jedem der ausgelosten Geschworenen zu äußern. Diese Äußerung konnte auf "angenommen" oder "abgelehnt" lauten. Wurde ein Geschworener abgelehnt, so brauchte das nicht begründet zu werden (sog. peremptorisches Ablehnungsrecht). Es durften jedoch nur so viele Geschworene abgelehnt werden, daß mindestens zwölf verblieben. Das peremptorische Ablehnungsrecht beruhte auf dem Gedanken, daß die nicht abgelehnten Geschworenen das Vertrauen beider Parteien, insbesondere des Angeklagten besitzen sollten. Mit dem Ablehnungsrecht sollte im übrigen der altdeutschen Vorstellung Rechnung getragen werden, daß sich die Parteien auf den Richter einigen müßten.¹⁴

Das peremptorische Ablehnungs- oder "Rekusations"-recht war in der Rechtswissenschaft sehr umstritten.¹⁵ Gegen dieses Institut wurde vor allem eingewandt, daß infolge der Möglichkeit, Geschworene ohne Begründung abzulehnen, die Auswahl der Geschworenen aus der Dienstliste durch unsachliche Gesichtspunkte beeinflusst werden könne. In der Praxis kam es nämlich häufig vor, daß die Verteidiger z. B. bei Messerstechereien Städter und bei Brandstiftung Bauern als Geschworene ablehnten, während die Staatsanwälte dazu neigten, z. B. bei Meineid Bauern als Geschworene abzulehnen.¹⁶

Die Geschworenenbank galt in dem Augenblick als gebildet, in dem die Namen von zwölf Geschworenen nicht der Ablehnung verfallen waren (sog. Spruchliste). Die Vereidigung dieser zwölf Geschworenen nahm der Vorsitzende mit folgenden Worten vor: "Sie schwören und geloben bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden, in der Anklagesache gegen N. die Pflichten eines Geschworenen standhaft zu erfüllen und

¹³ Vgl. KERN, EDUARD: *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*. München und Berlin 1954, S. 75, 84. In anderen deutschen Staaten oblag die Aufstellung der Jahreslisten einem Wahlausschuß, der bei den Landkreisen oder Gemeinden gebildet wurde. Vgl. hierzu die bei PLANCK: a.a.O., S. 23 im einzelnen wiedergegebenen Regelungen sowie die Vorschläge v. Gneists, a.a.O., S. 205 ff.; vgl. auch Schwinge, Erich: *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*. Breslau 1926 (= *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 213), S. 128 f.

¹⁴ Vgl. KERN: *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*. S. 75; KERN, EDUARD: *Strafverfahrensrecht*. 6. Aufl., München und Berlin 1908, S. 264.

¹⁵ Vgl. hierzu v. GNEIST: a.a.O., S. 224 ff.; SCHWINGE: a.a.O., S. 129, m. w.N.

¹⁶ Vgl. KERN: *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*. S. 117 Grund hierfür waren die insoweit oft sehr unterschiedlichen Wertvorstellungen der genannten Personengruppen.

Ihre Stimme nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben. Niemandem zu Liebe noch zu Leide, wie es einem freien und rechtschaffenen Manne geziemt, getreulich und ohne Gefährde." Die Geschworenen sprachen einzeln unter Erhebung der rechten Hand die Worte: "Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe. "

3. Verfahrensablauf

Nachdem die Geschworenen vereidigt worden waren, nahm die Schwurgerichtsverhandlung ihren Fortgang, indem der Gerichtsschreiber die Anklageschrift verlas. Im Anschluß daran fragte der Vorsitzende den Angeklagten, ob er sich schuldig bekenne oder nicht. Bekannte er sich schuldig und bestanden gegen die Richtigkeit des Bekenntnisses keine Bedenken, dann fällte der Gerichtshof das Urteil ohne Zuziehung der Geschworenen. Bekannte sich der Angeklagte hingegen nicht schuldig, so wurde er zur Person und zur Sache vernommen. Bei der Vernehmung des Angeklagten sowie der anschließenden Zeugenvernehmung konnten die Geschworenen mit Zustimmung des Vorsitzenden Fragen unmittelbar an die Beteiligten richten.

An die Beweisaufnahme schlossen sich dann die Plädoyers der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung an. Es folgte der Schlußvortrag des Vorsitzenden, das sog. *Résumé*. Darüber bestimmte das Gesetz:

"Sodann hat der Vorsitzende die gesamte Lage der Sache auseinanderzusetzen, die gesetzlichen Vorschriften, welche bei Beurteilung der Tatfrage etwa in Betracht kommen, nötigenfalls zu erläutern und überhaupt alle diejenigen Bemerkungen zu machen, welche ihm zur Herbeiführung eines sachgemäßen Ausspruches der Geschworenen als geeignet erscheinen." Trotz dieses weitgesteckten Rahmens für das *Résumé* durfte der Vorsitzende seine eigene Meinung über Schuld oder Unschuld des Angeklagten nicht zum Ausdruck bringen.¹⁷

Im Anschluß an den zusammenfassenden Schlußvortrag verlas der Vorsitzende die von ihm in enger Anlehnung an den Wortlaut des Strafgesetzes formulierten Fragen, die von den Geschworenen zu beantworten waren. In den Fragen mußten sämtliche Tatsachen enthalten sein, in denen sich die wesentlichen Merkmale der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlungen wiederfanden. Zu den "Tatsachen", die durch den Ausspruch der Geschworenen festzustellen waren, gehörte auch die Zurechnungsfähigkeit sowie der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit, durch deren Vorhandensein der Begriff der strafbaren Handlung bedingt wurde. Ferner mußte die Fragestellung an die Geschworenen auch auf das etwaige Vorhandensein mildernder Umstände gerichtet sein. Die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte hatten das Recht, Abänderungen der Fragen oder die Stellung weiterer Fragen zu beantragen.

Der Vorsitzende überreichte die schriftliche Fassung der von ihm verlesenen Fragen an die Geschworenen, die sich daraufhin in das Beratungszimmer¹⁸ zurückzogen. Dort wählten sie zunächst – mit einfacher Stimmenmehrheit – ihren Obmann. Die Geschworenen durften das Beratungszimmer nicht eher verlassen, als bis sie ihren Wahrspruch beschlossen hatten. Niemand durfte das Beratungszimmer betreten ; sein Eingang wurde bewacht. Vor Beginn der Beratung hatte der Obmann folgende

¹⁷ Vgl. PLANCK: a.a.O., S. 388.

¹⁸ Das Beratungszimmer der Geschworenen wurde auch "Konklave" genannt.

Belehrung zu verlesen: "Das Gesetz fordert von den Geschworenen keine Angabe der Gründe ihrer Überzeugung und schreibt ihnen keine Regeln vor, nach denen sie die Wirkung und Vollständigkeit eines Beweises zu beurteilen haben. Es legt ihnen aber die durch einen feierlichen Eid geheiligte Pflicht auf, alle für und wider den Angeklagten vorgebrachten Beweise sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen, und nach der durch diese Prüfung gewonnenen innersten Überzeugung allein ihre Stimmen abzugeben. Ihre Beratung und ihr Ausspruch muß sich auf die ihnen vorgelegten Fragen beschränken. Ihre Ansicht über die Rechtmäßigkeit oder Zweckmäßigkeit des Strafgesetzes darf auf ihren Ausspruch keinen Einfluß haben. Nicht sie, sondern die Richter sind berufen, die gesetzlichen Folgen auszusprechen, welche den Angeklagten wegen der ihm zur Last fallenden Handlungen treffen. Die Geschworenen haben daher ihren Ausspruch ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Folgen desselben zu fällen."

Die Geschworenen hatten sodann über die Beantwortung der vom Vorsitzenden gestellten Fragen zu beraten. Über jede Antwort wurde abgestimmt. Der Obmann vermerkte das jeweilige Abstimmungsergebnis neben den einzelnen Fragen. Betrug die Stimmenmehrheit bei einer dem Angeklagten nachteiligen Antwort lediglich 7:5 Stimmen, so entschieden die Berufsrichter über den betreffenden Punkt.¹⁹ Damit war praktisch für jede dem Angeklagten zum Nachteil reichende Beantwortung einer Frage ein Verhältnis von 8:4 Stimmen, also Zweidrittel-Mehrheit der Geschworenen erforderlich. Nach Beantwortung aller Fragen kehrten die Geschworenen in den Sitzungssaal zurück. Dort verkündete der Obmann das Ergebnis der Beratung, den sog. "Wahrspruch". Einleitend erklärte er: "Auf meine Ehre und mein Gewissen, vor Gott und den Menschen bezeuge ich den Spruch der Geschworenen: . . .". Sodann verlas der die gestellten Fragen und unmittelbar nach jeder Frage die erteilte Antwort.

Die Verkündung des Wahrspruchs der Geschworenen geschah in Abwesenheit des Angeklagten. Stellte sich heraus, daß der Spruch der Form nach nicht in Ordnung oder in der Sache undeutlich, unvollständig oder in sich widersprüchlich war, so mußten sich die Geschworenen auf Anordnung des Gerichtsvorsitzenden in ihr Beratungszimmer zurückbegeben und den Mangel beheben.

Wenn der Gerichtshof einstimmig der Ansicht war, daß die Geschworenen sich in sachlicher Hinsicht zum Nachteil des Angeklagten geirrt hatten, so verwies er die Sache ohne Angabe von Gründen an das Schwurgericht der nächsten Sitzungsperiode (sog. Kassation). In das neue Gericht durfte keiner der früheren Geschworenen berufen werden. Der Ausspruch der Geschworenen der nächsten Sitzungsperiode war allerdings für den Gerichtshof auch dann bindend, wenn er mit dem früheren Ausspruch übereinstimmte. Hielten die Berufsrichter den Spruch der Geschworenen für zutreffend oder jedenfalls nicht für sachlich falsch zuungunsten des Angeklagten, so nahm die Hauptverhandlung ihren Fortgang, indem der Angeklagte den Sitzungssaal wieder betrat und der Gerichtsschreiber den Spruch der Geschworenen verlas. Verneinte der Spruch die Schuldfrage, so sprach der Gerichtshof den Angeklagten frei. Wurde die Schuldfrage bejaht, so zogen sich die Berufsrichter zur Beratung über die Straffrage zurück. Im Anschluß an die Beratung verkündete der Vorsitzende das Urteil.

¹⁹ Diese Regelung fand sich nur in der preußischen StPO, nicht in den übrigen partikularen Gesetzgebungen.

4. Rechtsbehelfe gegen Schwurgerichtsentscheidungen

Die Urteile der Schwurgerichte konnten mit der sog. Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Mit ihr mußte eine wesentliche Verletzung des materiellen oder formellen Rechts gerügt werden. Eine Berufungsmöglichkeit war vom Gesetz nicht vorgesehen. Man hielt es mit dem Wesen des "Wahrspruchs" der Geschworenen für unvereinbar, ihn einer Nachprüfung zu unterziehen.²⁰

Als Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften, mit der die Nichtigkeitsbeschwerde begründet werden konnte, galt es u. a., wenn der Gerichtshof ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Mitwirkung der Geschworenen ausgeschlossen hatte.

War der Angeklagte von den Geschworenen für nichtschuldig erklärt worden, so stand der Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu. Etwas anderes galt nur, wenn die Staatsanwaltschaft die Zusammensetzung des Schwurgerichts oder einen Mangel der Fragestellung glaubte rügen zu können. In der Praxis wurde daher die ganz überwiegende Mehrzahl aller Nichtigkeitsbeschwerden mit Mängeln der Fragestellung begründet.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ging an das Preußische Obertribunal in Berlin, die höchste Instanz der preußischen Strafjustiz.²¹ Dort wurde über sie von einem aus sieben Berufsrichtern bestehenden Senat in öffentlicher Sitzung entschieden. War die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, so hob das Obertribunal das angefochtene Urteil auf und erkannte entweder in der Sache selbst oder verwies den Fall zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die Schwurgerichtsinstanz zurück.

Gegen ein rechtskräftiges Schwurgerichtsurteil konnte der Verurteilte die sog. Restitution beantragen; dazu mußte er dartun, daß das Urteil auf eine falsche Urkunde oder auf die Aussage eines meineidigen Zeugen gegründet war.

II. Die reichseinheitliche Einführung des Schwurgerichts

Schon die Verfassung des Norddeutschen Bundes²² hatte eine einheitliche Regelung des Strafverfahrens für das Bundesgebiet vorgesehen. Nach Gründung des Deutschen Reiches gehörte es sodann zu dessen vordringlichen Aufgaben, auf dem Gebiete des Strafrechts und Strafverfahrensrechts die Rechtseinheit für das Reich herbeizuführen. In Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung von 1871²³ war demgemäß festgelegt, daß zur Zuständigkeit des Reiches auch die Gesetzgebung über das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht gehört. Auf diesen Gebieten handelte es sich nicht darum, völlig neue Rechtsgrundsätze zu entwickeln; es galt lediglich, solchen Gedanken einheitlichen Ausdruck zu geben, die schon in den vorangegangenen Jahrzehnten, etwa seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, in den einzelnen deutschen Teilstaaten ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hatten.

²⁰ Vgl. PLANCK: a.a.O., S. 565.

²¹ Erste Instanz waren die Stadt- und Kreisgerichte; zweite Instanz die Appellationsgerichte – in Berlin das Kammergericht –; dritte und höchste Instanz das Obertribunal.

²² Art. 4 Nr. 13.

²³ RGBl. S. 64.

Die einheitliche Formung des materiellen Strafrechts konnte verhältnismäßig schnell erreicht werden. Hingegen bereitete die Vereinheitlichung des Strafverfahrens und insbesondere der Strafgerichtsverfassung erhebliche Schwierigkeiten.²⁴ Die Ausgestaltung der Strafgerichte entweder als ausschließlich mit Juristen besetzte Gerichte oder als Gerichte mit Laienbeteiligung, und hier wiederum die Frage, Schwurgericht oder Schöffengericht, waren lebhaft umstritten.

1. Die Vorarbeiten für das Gerichtsverfassungsgesetz und die Strafprozeßordnung von 1877

Im Jahre 1873 ließ Reichskanzler Bismarck Entwürfe einer Strafprozeßordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes dem Bundesrat vorlegen. Ergänzt wurden die Entwürfe durch die "Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte"²⁵ aus demselben Jahr. Die Gesetzentwürfe waren bereits in den Jahren 1870 und 1871 auf Ersuchen Bismarcks als damaligem Bundeskanzler des Norddeutschen Bundes im preußischen Justizministerium ausgearbeitet worden.²⁶

Die "Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte" enthält eine sehr aufschlußreiche Darstellung des Rechtszustandes hinsichtlich der Laienmitwirkung an der Strafrechtspflege, wie er vom Gesetzgeber der Reichsjustizgesetze in Deutschland um das Jahr 1870 angetroffen wurde.²⁷ Unter Abwägung historisch-politischer und rechtstechnischer Argumente gelangten die Verfasser der Denkschrift zu dem Ergebnis, daß die Reichsgesetzgebung eine durchgehende Schöffengerichtsverfassung einführen und damit u. a. anstelle des Schwurgerichts ein großes Schöffengericht setzen sollte. Da die Denkschrift wohl alle erwägenswerten Argumente der damaligen Diskussion um die Mitwirkung von Laien in der Strafrechtspflege in sehr prägnanter Form darstellt, seien hier einige Abschnitte wiedergegeben:

Die Grundidee der in Aussicht genommenen Strafgerichtsorganisation sei die, daß die Strafgerichte durchweg sowohl mit rechtsgelehrten Richtern als auch mit Laien besetzt sein und beide Elemente zu einem einzigen Kollegium vereinigt, also Schöffengerichte sein sollten. Es sei zwar der Vorwurf zu erwarten, daß ein Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), wenn es das Schöffengericht an die Stelle des Schwurgerichts setze, gegen das Rechtsbewußtsein der Nation verstoße, weil die Einführung des Schwurgerichts in Deutschland einer seit Jahrzehnten ausgesprochenen Forderung des deutschen Volkes entsprochen habe und das Schwurgericht inzwischen zu einer volkstümlichen deutschen Institution geworden sei. Dieser Vorwurf könne einer unbefangenen Prüfung jedoch nicht standhalten.

Im Streit über die Vorzüge und Nachteile des Schwurgerichts sei fast immer nur davon die Rede gewesen, ob eine Rechtsprechung durch Juristen oder durch Laien die bessere sei; der innere Organismus der englischen Jury, die Art des Zusammenwirkens von Richtern und Geschworenen, sei wenig oder gar nicht Gegenstand der Kritik gewesen, und die Frage, ob es nicht angemessen sei, Juristen und Laien zu einem

²⁴ Vgl. im einzelnen KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 87.

²⁵ Berlin 1873; abgedruckt in Goltdammers Archiv, 21. Bd., S. 40 ff.

²⁶ Vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 88.

²⁷ Die Denkschrift wurde später zum größten Teil wörtlich in die Begründung des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes übernommen.

Kollegium zu vereinigen, sei erst in neuester Zeit und wahrscheinlich auch nur in Deutschland in den Kreis der Erörterung gezogen worden.

Die Unmöglichkeit, einerseits die Entscheidung der gesamten Schuldfrage den Geschworenen zu übertragen und andererseits doch die richtige Anwendung des Gesetzes zu sichern, stelle das unheilbare Gebrechen des Schwurgerichts dar. Während man in Frankreich und Deutschland von der Auffassung ausgehe, daß der vorsitzende Richter sich der Äußerung seiner Ansichten möglichst zu enthalten habe, um die Geschworenen nicht zu beeinflussen, gelte nach englischem Recht der Einfluß des Richters auf den Wahrspruch der Geschworenen als ein unbedingt notwendiges, ja geradezu selbstverständliches Erfordernis einer ersprießlichen Wirksamkeit der Jury. Der Schlußvortrag des Vorsitzenden habe den Zweck, den Geschworenen die Anleitung zur Lösung ihrer Aufgabe, insbesondere die erforderliche Rechtsbelehrung zu gewähren. Der englische Richter habe den Geschworenen die anzuwendenden Rechtsgrundsätze darzulegen, und er pflege hierbei seine eigene Ansicht in sehr bestimmter Weise zum Ausdruck zu bringen. Durch einen Akt der Gesetzgebung lasse sich ein derartiges Verhältnis, welches man mit Recht als ein Verhältnis des Vertrauens bezeichnet habe, nicht ins Leben rufen.

Das Ergebnis dieser Erwägungen sei – so führt die Denkschrift aus –, daß die Einrichtung der englischen Jury auf Deutschland schlechthin unübertragbar sei. Statt von neuem den vergeblichen Versuch einer befriedigenden Reform des deutschen Schwurgerichts zu unternehmen, solle die Reichsgesetzgebung es daher vorziehen, das Institut des Schwurgerichts durch dasjenige des Schöffengerichts zu ersetzen.

Trotz dieser Argumentation konnte die Denkschrift des Preußischen Justizministeriums die gesetzgebenden Gremien des Reiches nicht entscheidend beeinflussen. Ein Ausschuß des Bundesrates stimmte zwar den Entwürfen des GVG und der StPO zu, nach denen also das Schwurgericht beseitigt und durch ein großes Schöffengericht ersetzt werden sollte.²⁸ Der Bundesrat selber jedoch nahm wesentliche Änderungen vor. Er ließ entgegen den Empfehlungen der "Amtlichen Denkschrift" die großen und mittleren Schöffengerichte wieder fallen und setzte anstelle des großen Schöffengerichts das Schwurgericht wieder ein.²⁹ Er ging dabei von der Überlegung aus, daß die Entwürfe, insbesondere wenn sie das Schwurgericht ablehnten, keine Aussicht hatten, vom Reichstag angenommen zu werden.

In der den geänderten Entwürfen beigegebenen Begründung wurde ausgeführt,³⁰ daß die Schwurgerichte in Deutschland seit Jahrzehnten Wurzel gefaßt hätten und daß das Volk großes Vertrauen zu ihnen habe; unter diesen Umständen erscheine es bedenklich, die Schwurgerichte durch große Schöffengerichte zu ersetzen, die sich noch nicht in größerem Umfang bewährt hätten.³¹

Als "Ausgleich" für die Beibehaltung des Schwurgerichts verlangte der Bundesrat, daß an die Stelle der mittleren Schöffengerichte ausschließlich mit Berufsrichtern

²⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen des Abgeordneten v. Schwarze bei der ersten Beratung des Entwurfs eines GVG im Plenum des Reichstages (HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 214)

²⁹ Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 36.

³⁰ HAHN: *Materialien zum GVG*. S. 37

³¹ Umfassendes Material zur Frage der "Rechtsfindung im Geschworenengericht" wurde den Motiven des Entwurfs einer Deutschen Strafprozeßordnung in Form eines rechtsvergleichenden Exkurses als Anlage 5 beigegeben (HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 444 ff.)

besetzte Strafkammern³² treten sollten. Die etwas fadenscheinig anmutende Begründung dafür lautete, daß es nicht genügend geeignete Laienrichter gebe und daß die Überlastung der Staatsbürger durch ehrenamtliche Tätigkeit nicht zu groß werden dürfe.³³

2. Die Verhandlungen im Reichstag

Die Entwürfe des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung wurden am 29. Oktober 1874 dem zur zweiten Legislaturperiode zusammengetretenen Reichstag vorgelegt.³⁴ Vom 24. bis 26. November 1874 fand die erste Lesung im Plenum statt³⁵.

Im Reichstag waren die Angehörigen der Nationalliberalen Partei stärkste und einflußreichste Fraktion. Ihre Mitglieder waren betonte Anhänger des Schwurgerichts. Neben diesem Umstand war für das parlamentarische Schicksal der Gesetzentwürfe von Bedeutung, daß dem Reichstag zahlreiche Juristen angehörten, darunter 35 Rechtsanwälte; das waren mehr als zehn Prozent aller Mitglieder. Auch die Rechtsanwaltschaft befürwortete von jeher das Schwurgericht.³⁶

In der Generaldebatte nahmen die Sprecher der großen Parteien (Konservative, Reichspartei, Nationalliberale, Zentrum und die Linksparteien) zu den Gesetzesvorlagen Stellung; den Standpunkt der Regierungen trugen der preußische Justizminister Leonhardt, der bayerische Justizminister v. Fäustle sowie der Direktor im Reichskanzleramt v. Amsberg vor. Es zeigten sich tiefgreifende Gegensätze zwischen den liberalen Ansichten der Reichstagsmehrheit auf der einen Seite und der konservativen Staats- und Rechtsauffassung des Bundesrates und der Reichsregierung auf der anderen Seite. Vor allem in einem Punkte waren die Meinungen geteilt: Die Mehrheit des Reichstages wünschte eine möglichst weitreichende Laienbeteiligung am Strafverfahren.³⁷ Der Bundesrat hingegen strebte an, daß der Schwerpunkt der Strafrechtspflege bei ausschließlich mit Berufsrichtern besetzten Strafkammern liegen sollte.³⁸

Die Gesetzesvorlagen wurden nach der ersten Lesung an einen Ausschuß des Reichstages, die sog. Reichsjustizkommission,³⁹ überwiesen. Die Kommission hatte 28 Mitglieder; den Vorsitz führte Miquél, einer der Führer der nationalliberalen Fraktion des Reichstages. Sein Vertreter, der sächsische Generalstaatsanwalt v. Schwarze, war seit jeher ein Verfechter des Schöffengerichtsgedankens. Die Reichsjustizkommission befaßte sich über ein Jahr lang, vom 26. Januar 1875 bis 16. Februar 1876, mit den

³² HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 37 f.

³³ Vgl. hierzu die Ausführungen des Abgeordneten Lasker während der 1. Lesung des Gesetzentwurfs im Reichstag (HAHN: *Materialien zum GVG*, S. 204).

³⁴ Schreiben des Reichskanzlers v. Bismarck (HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 2).

³⁵ HAHN: *Materialien zum GVG*. S. 187, 230; *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 503.

³⁶ Vgl. z. B. die Ausführungen des Rechtsanwalts Beckh auf dem 10. Deutschen Juristentag 1872 (Verhandlungen 2. Bd., S. 166 ff.).

³⁷ Vgl. etwa die Ausführungen der Abgeordneten v. Schwarze (HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 214 ff.) und v. Gneist (ebenda, S. 232) vor dem Reichstag.

³⁸ Vgl. §§ 52 ff. des Entwurfs zum GVG und die Motive dazu (HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 95 ff.).

³⁹ Über deren Zusammensetzung und Arbeitsweise im einzelnen vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 274 ff.; 2. Abtlg., S. 925 ff.

Gesetzentwürfen. Sie stand dabei in enger Fühlungnahme mit der Reichsregierung und dem Bundesrat.⁴⁰

Angesichts der Zusammensetzung der Kommission aus überwiegend liberal eingestellten Reichstagsmitgliedern sowie in Anbetracht der Tatsache, daß der stellvertretende Vorsitz von einem erklärten Schöffengerichtsanhänger wahrgenommen wurde, verwundert es nicht, daß die Kommission schon in ihrer ersten Lesung an die Stelle der vom Bundesrat nachdrücklich geforderten Strafkammern Schöffengerichte setzte.⁴¹ Die Schwurgerichte sollten daneben bestehen bleiben,⁴² ihre Zuständigkeit erweitert werden. Auf den Einspruch des Bundesrates hin nahm die Kommission in ihrer zweiten Lesung die Strafkammern jedoch wieder in den Entwurf auf.⁴³

Die Reichsjustizkommission forderte unter Berufung auf die Grundrechte der Paulskirchenverfassung⁴⁴ ferner, daß alle von Amts wegen zu verfolgenden politischen Vergehen und Pressevergehen der ausschließlichen Zuständigkeit des Schwurgerichts unterstellt würden.⁴⁵ Nur so sei politische Meinungsbildung und echte Pressefreiheit garantiert. Die Kommission machte geltend, es würde insbesondere in den süddeutschen Ländern große Erbitterung hervorrufen, wenn die Schwurgerichte ihre Zuständigkeit für Pressedelikte verlieren würden; gerade dort habe man für die Zuständigkeit des Schwurgerichts für Pressevergehen jahrzehntelang gekämpft.⁴⁶

In der Frage der Zuständigkeit des Schwurgerichts für Pressedelikte ließ sich die Kommission von der erklärten Auffassung des Reichstages leiten. Dieser hatte bereits im Jahre 1874 beschlossen, den Bundesrat aufzufordern, in den Entwurf eines Gesetzes das Strafverfahren betreffend, eine Bestimmung aufzunehmen, "daß über die durch die Presse begangenen Verbrechen und von Amts wegen zu verfolgenden Vergehen die Schwurgerichte urteilen".⁴⁷

Vorübergehend wurde in der Reichsjustizkommission auch erwogen, ein Reichsschwurgericht vorzuschlagen. Es sollte für Fälle des Hoch- und Landesverrats gegen das Reich zuständig sein und dem Reichsgericht angegliedert werden. Die Geschworenen sollten aus den Mitgliedern des Reichstages ausgelost werden. Man kam aber von dem Gedanken wieder ab, weil das Reichsschwurgericht eine vorwiegend politische Einrichtung geworden wäre und man politische Einflüsse von der Rechtspflege nach Möglichkeit fernhalten wollte.⁴⁸

Der Regierungsentwurf der StPO hatte vorgesehen, daß die Entscheidung über die mildernden Umstände im Schwurgerichtsverfahren den Berufsrichtern obliegen sollte.⁴⁹ In der Kommission des Reichstages wurde demgegenüber darauf hingewiesen, daß in allen deutschen Partikularrechten, mit Ausnahme Sachsens, die Entscheidung

⁴⁰ v. Schwarze ist als "der Vater des modernen Schöffengerichts" bezeichnet worden (vgl. z. B. FRANK: *Verhandlungen des 22. Dt. Juristentages* (1892), 2. Bd., S. 5).

⁴¹ Vgl. den Zwischenbericht des Kommissionsvorsitzenden Miquél vor dem Reichstag am 29. Oktober 1875 (HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 280 ff.) Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S. 944.

⁴² Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 605; 2. Abtlg., S. 929, 944.

⁴³ Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S. 944 f.

⁴⁴ §§ 143 Abs. 3; 179 Abs. 2.

⁴⁵ Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S. 951.

⁴⁶ Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S. 951.

⁴⁷ Vgl. Stenographische Berichte des Reichstages, 41. Sitzung v. 25. April 1874, S. 1123.

⁴⁸ Vgl. HAHN: *Materialien zum GV*, 2. Abtlg., S. 960 f.

⁴⁹ Vgl. die Motive zu § 222 des Entwurfs der StPO (HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 205).

über mildernde Umstände den Geschworenen zugestanden habe.⁵⁰ Diese Regelung müsse beibehalten werden. Die Möglichkeit der Gewährung mildernder Umstände sei gerade auf Geschworene zugeschnitten. Das Argument, die mildernden Umstände gehörten zur Straffrage und damit zum Zuständigkeitsbereich der Berufsrichter⁵¹, sei rein theoretisch und falle nicht ins Gewicht. Die Kommission ließ sich auch nicht durch die Erwägung umstimmen, daß möglicherweise dieselben Gründe, welche die Geschworenen im konkreten Fall zur Bejahung der mildernden Umstände veranlaßt hätten, von den Berufsrichtern noch einmal bei der Strafzumessung berücksichtigt werden könnten, weil sie die Überlegungen der Geschworenen nicht kannten. Die beharrliche Haltung der Kommission in dieser Frage hatte schließlich den Erfolg, daß die Entscheidung über mildernde Umstände den Geschworenen vorbehalten blieb.⁵²

Die von der Reichsjustizkommission erarbeiteten Vorschläge fanden während der zweiten Lesung des GVG und der StPO, die vom 17. bis 25. November 1876 stattfand, die Zustimmung des Reichstages.⁵³ Sie wurden aber vom Bundesrat in einer Erklärung vom 12. Dezember 1876 in mehreren Punkten als unannehmbar bezeichnet und abgelehnt.⁵⁴ Vor allem war es die Zuständigkeit des Schwurgerichts für Pressedelikte, die der Bundesrat nicht akzeptieren wollte. Da das Gesetzgebungswerk zu scheitern drohte, wurden vertrauliche Verhandlungen zwischen Vertretern des Reichstages und des Bundesrates geführt.⁵⁵ Hierbei gelangte man zu Kompromissen. In der Frage der Zuständigkeit des Schwurgerichts für Pressedelikte einigte man sich dahin, daß die schon vorhandenen landesrechtlichen Regelungen über die Zuständigkeit des Schwurgerichts für Pressedelikte bestehen bleiben sollten; dagegen sollte den Ländern die Neueinführung der schwurgerichtlichen Zuständigkeit für Pressedelikte verwehrt sein.⁵⁶

In der dritten Lesung, die vom 18. bis 21. Dezember 1876 stattfand, wurden die Gesetzentwürfe in der Form, die sie durch die Kompromisse gefunden hatten⁵⁷, vom Reichstag angenommen.⁵⁸ Die Frage der Zuständigkeit des Schwurgerichts für Pressedelikte wurde für so bedeutsam erachtet, daß über sie namentlich abgestimmt wurde.⁵⁹ Die Gesamtabstimmung über das Gerichtsverfassungsgesetz ergab 194 Ja-Stimmen gegen 100 Nein-Stimmen,⁶⁰ die Mehrheit bestand aus den Konservativen, der Reichspartei und den Nationalliberalen; Zentrum und Linke lehnten das neue GVG ab. Am 22. Dezember 1876 stimmte der Bundesrat dem Gesetz zu.

Das GVG, durch das nunmehr einheitlich für das ganze Reich das echte Schwurgericht eingeführt worden war, wurde am 27. Januar 1877 vom Kaiser ausgefertigt –

⁵⁰ Vgl. HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 922 ff.; zur preußischen Regelung vgl. § 2, S. 34.

⁵¹ Vgl. die Motive zu § 222 des Entwurfs der StPO (HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtg., S. 205).

⁵² Vgl. § 297 Reichs-Strafprozeßordnung (RStPO).

⁵³ Vgl. die Protokolle der Reichstagssitzungen (abgedruckt bei HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtg. S. 1217 ff.; 1268 ff.; 1307 ff.)

⁵⁴ Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Auflage, S. 1476 ff.

⁵⁵ Vgl. LÖWE-ROSENBERG: *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen*. 21. Aufl., 1. Bd., Berlin 1963, S. 3; KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*. S. 92.

⁵⁶ HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S. 1482.

⁵⁷ Vgl. die sog. Kompromißanträge der Abgeordneten Miquél u. a. v. 16. 12. 1876 (vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. S. 1481 ff.).

⁵⁸ Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. S. 1639 ff.

⁵⁹ HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S. 1589 ff.

⁶⁰ Vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S. 1639 ff.

die StPO am 1. Februar 1877 – und am 7. Februar 1877 im Reichsgesetzblatt⁶¹ verkündet. Beide Gesetze traten am 1. Oktober 1879 in Kraft.

3. Die reichsgesetzliche Regelung

Aus dem kurzen Abriß der Entstehungsgeschichte des GVG und der StPO von 1877 ergibt sich, daß das Schwurgericht bei der Schaffung eines einheitlichen Gerichtsverfassungsrechts und Strafverfahrensrechts für das neu gegründete Deutsche Reich keinen – wie man vielleicht annehmen könnte – "triumphalen Einzug" gehalten hat. Reichsregierung und Bundesrat wollten vielmehr das erst um die Mitte des Jahrhunderts in den deutschen Einzelstaaten eingeführte Schwurgericht wieder abschaffen und an seine Stelle ein großes Schöffengericht setzen.⁶² Nur dem Einsatz der im Reichstag stark vertretenen Liberalen war es zu verdanken, daß sich die Reichsregierung entgegen den Motiven zu den ersten Entwürfen des GVG und der StPO und entgegen der "Amtlichen Denkschrift über die Schöffengerichte" zur Beibehaltung bzw. Einführung des Schwurgerichts im gesamten Deutschen Reich bereit fand.

Damit war eine der wesentlichen Forderungen, die der Liberalismus im Interesse der Freiheit des Individuums an die Strafgerichtsorganisation des neuen Deutschen Reiches stellte, erfüllt.⁶³ Aber gleichzeitig war das 30 Jahre zuvor mühsam erkämpfte Schwurgericht schon beladen mit der Bürde einer zwiespältigen Beurteilung.

a) Die Stellung der Schwurgerichte im Gesamtaufbau der Strafgerichtsverfassung

Um einen Eindruck davon zu vermitteln, welche Stellung das Schwurgericht im Verhältnis zu den übrigen Strafgerichten nach dem GVG von 1877 einnahm, soll ein kurzer Blick auf den Gesamtaufbau der Strafgerichtsverfassung von 1877 geworfen werden.

Das GVG legte eine Viergliederung der ordentlichen Gerichte fest. Danach waren für Strafsachen zuständig: beim Amtsgericht der Einzelrichter und das Schöffengericht (ein Berufsrichter und zwei Schöffen), beim Landgericht Strafkammern (fünf Berufsrichter) und Schwurgerichte (drei Berufsrichter und zwölf Geschworene), beim Oberlandesgericht Strafsenate (fünf Berufsrichter) und beim Reichsgericht ebenfalls Strafsenate (sieben Berufsrichter). Laienrichter sollten also bei der erstinstanzlichen Aburteilung der leichten Straftaten (Schöffengericht) und der schweren Delikte (Schwurgericht) mitwirken. Für die mittelschweren Delikte waren in erster Instanz die ausschließlich mit Berufsrichtern besetzten Strafkammern zuständig. Gegen deren Urteile gab es keine Berufung, sondern nur die Revision an das Reichsgericht. Die

⁶¹ RGBI. S. 41; StPO: RGBI. S. 253.

⁶² Der preußische Justizminister Leonhardt hatte während der zweiten Beratung des GVG vor dem Plenum des Reichstages ausgeführt: "Meine Herren, täuschen wir uns darüber doch nicht, daß das Institut der Jury dem Abend seines Lebens entgegengeht, und daß in der Morgendämmerung die Schöffengerichtsverfassung liegt." (HAHN: *Materialien zum GVG*. 2. Abtlg., S.1257).

⁶³ Vgl. hierzu HENKEL, HEINRICH: *Strafverfahrensrecht*. Ein Lehrbuch, 2., neubearb. Aufl., Stuttgart 1968, S. 58.

Strafkammern wurden ferner als Berufungsinstanz für die Urteile des Amtsrichters und der Schöffengerichte tätig.

Infolge ihrer weiten Zuständigkeit, die noch durch die Zuweisung bestimmter Verbrechen ausgedehnt wurde, lag bei den Strafkammern der Schwerpunkt der Strafrechtspflege. Die "Vormachtstellung" der Strafkammern sowie der uneinheitliche Aufbau der Strafgerichtsverfassung sowohl mit reinen Juristengerichten als auch verschiedenartigen Formen der Laienbeteiligung in Gestalt von Schwur- und Schöffengerichten⁶⁴ können nur aus der Entstehungsgeschichte des GVG verstanden werden. Sie waren das Ergebnis harten Ringens zwischen der Reichsregierung und den Regierungen der Länder einerseits und dem Reichstag andererseits.

b) Die Änderungen gegenüber dem Partikularrecht

Folgende Änderungen in Organisation und Verfahren des Schwurgerichts waren durch das GVG und die StPO von 1877 im Verhältnis zur partikularrechtlichen Ausgestaltung geschaffen worden:

Bei der Auswahl der Geschworenen und Schöffen war weder ein Zensus des Vermögens noch der Bildungsstand maßgebend. Jeder Deutsche, der das 30. Lebensjahr vollendet hatte, war grundsätzlich zum Amt des Geschworenen oder Schöffen zugelassen.⁶⁵

Die Geschworenen und Schöffen wurden aus den von den Gemeinden eingereichten Vorschlagslisten durch eine alljährlich stattfindende Wahl gewonnen. Die Wahl nahm ein "Vertrauensausschuß" vor, der aus neun Personen bestand: einem Amtsrichter (Vorsitz), einem von der Landesregierung zu bestimmenden Verwaltungsbeamten und sieben Vertrauensmännern als Beisitzern. Die Vertrauensmänner wurden aus den Einwohnern des Amtsgerichtsbezirks von den Kommunalvertretungen gewählt.⁶⁶ Kern⁶⁷ erklärt den in dem "Vertrauensausschuß" liegenden Kompromiß mit dem Hinweis, daß bei Wahl der Geschworenen und Schöffen durch das Volk die Bildung der Listen Parteisache geworden wäre; bei Ernennung durch einen Regierungsbeamten – wie dies in Preußen ursprünglich der Fall war – hätte hingegen die Regierung zu starken Einfluß gewonnen.

Die Zuständigkeit des Schwurgerichts umfaßte diejenigen Verbrechen, die nicht zur Zuständigkeit der Strafkammern oder des Reichsgerichts gehörten, also insbesondere Mord, Totschlag, Körperverletzung mit Todesfolge, gemeingefährliche Verbrechen (z. B. Brandstiftung), Meineid, Notzucht, schwere Amtsunterschlagung, betrügerischen Bankrott, Münzverbrechen u. a.

Wie bereits erwähnt, hatten die Schwurgerichte nach vorbehaltenem Landesrecht auch über Pressedelikte zu urteilen.⁶⁸ Politische Delikte waren ihnen im wesentlichen dadurch entzogen, daß Fälle des Hoch- und Landesverrates gegen das Reich dem Reichsgericht zugewiesen waren.⁶⁹

⁶⁴ Man hat diesen Aufbau der Strafgerichtsverfassung schroff als das "System der Systemlosigkeit" bezeichnet; zitiert nach KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*. S.108.

⁶⁵ §§ 84, 85, 32, 33 GVG.

⁶⁶ §§ 87, 40 ff. GVG.

⁶⁷ KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*. S. 112.

⁶⁸ § 6 EG GVG.

⁶⁹ § 136 GVG.

Die Schwurgerichte traten nicht mehr unregelmäßig, je nach Bedarf, sondern periodisch jedes Vierteljahr zusammen. Näheres hierzu regelten die Landesgesetze.⁷⁰

In den Vorschriften der StPO über die Bildung der Geschworenenbank war das "peremptorische Ablehnungsrecht" weiterhin wie im Partikularrecht enthalten.⁷¹ An ihm entzündete sich später erneut heftige Kritik.

Der Gang der Hauptverhandlung hatte eine wesentliche Änderung erfahren. Die Reihenfolge war jetzt nicht mehr: Plädoyers – Rechtsbelehrung – Fragestellung⁷², sondern: Fragestellung – Plädoyers – Rechtsbelehrung.⁷³ Das Voranstellen der Fragestellung vor die Plädoyers hatte den Sinn, daß die Plädoyers sich auf die Fragen beziehen konnten.⁷⁴

Im Anschluß an die Plädoyers und das Letzte Wort des Angeklagten erfolgte in Gegenwart des Angeklagten die Rechtsbelehrung der Geschworenen durch den Vorsitzenden.⁷⁵ Nach früheren deutschen Partikulargesetzen gab der Vorsitzende den Geschworenen ein Résumé, in welchem er das Ergebnis der Verhandlung zusammenfaßte, ohne dabei allerdings seine eigene Meinung über Schuld oder Unschuld des Angeklagten zum Ausdruck bringen zu dürfen.⁷⁶ Nach der StPO von 1877 war der Vorsitzende auf eine reine Rechtsbelehrung beschränkt: er durfte unter keinen Umständen zur Beweislage Stellung nehmen.⁷⁷

Bei der Abstimmung der Geschworenen über die einzelnen ihnen gestellten Fragen war zu jeder dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung eine Mehrheit von zwei Dritteln, also von mindestens 8:4 Stimmen, erforderlich.⁷⁸ Wurde dieses Stimmenverhältnis nicht erreicht, so galt die betreffende Frage als verneint. Das Vorliegen mildernder Umstände galt schon bei einem Stimmenverhältnis von 6: 6 als bejaht.⁷⁹ Eine Regelung, wie die des Art. 98 des preußischen Gesetzes vom 3. Mai 1852⁸⁰, wonach bei einer dem Angeklagten nachteiligen Beantwortung einer Frage mit nur 7: 5 Stimmen die Berufsrichter den betreffenden Punkt zu entscheiden hatten, kannte die StPO von 1877 nicht.⁸¹

Bei der Bekanntgabe des Spruchs der Geschworenen durch ihren Obmann mußte – ähnlich wie nach früherem partikularem Recht – das jeweilige Abstimmungsverhältnis bei den einzelnen Antworten in beschränktem Umfang angegeben werden.⁸² Die

⁷⁰ § 79 GVG; Vgl. z. B. preuß. Justiz-VO v. 22. 7.1879 (J.M.Bl. S.195); preuß. Justiz-VO v. 22. 5.1882 (J.M.Bl. S.146).

⁷¹ § 293 StPO.

⁷² Vgl. preuß. Ges. v. 3. 5.1852, Art. 79; und oben, § 2, S. 33 sowie Planck, S. 388

⁷³ §§ 299 f. StPO

⁷⁴ Vgl. die Motive zu §§ 248, 249 des Entwurfs der StPO (HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg. S. 222).

⁷⁵ Für diese Änderung war vor allem v. Schwarze während der 1. Lesung im Reichstag eingetreten (vgl. HAHN: *Materialien zum GVG*. 1. Abtlg., S. 217).

⁷⁶ § 300 StPO.

⁷⁷ Vgl. dazu die Motive zu § 257 des Entwurfs der StPO (Hahn: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 229 f.) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur "Rechtsbelehrung" ist bei SEIDLMAYER, HUBERT: *Das schwurgerichtliche Verfahren im Lichte des Reichsgerichtes*. Berlin 1905, S. 41 f. zusammengestellt.

⁷⁸ § 262 StPO.

⁷⁹ § 297 Abs. 2 StPO.

⁸⁰ Pr. GS, S. 209.

⁸¹ Die RStPO übernahm auch nicht die preußische Regelung, nach der bei einem Geständnis des Angeklagten auf den Spruch der Geschworenen verzichtet wurde. Vgl. hierzu die Motive zu § 247 des Entwurfs der StPO (HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 221).

⁸² § 307 StPO. vgl. hierzu im einzelnen SEIDLMAYER: a.a.O., S. 56 f.

Antwort auf die Hauptfrage: "Ist der Angeklagte schuldig, . ?" lautete z. B.: "Ja, mit mehr als 7 Stimmen". Die verneinende Antwort auf die Frage nach mildernden Umständen lautete: "Nein, mit mehr als 6 Stimmen".

Mit dieser Regelung sollte der Möglichkeit Rechnung getragen werden, daß sich die Geschworenen über die erforderlichen Mehrheiten irrten. Dies konnte u. U. geschehen, weil die Mehrheiten für die Schuldfrage und für die mildernden Umstände verschieden waren. Veranlaßte man die Geschworenen, das Stimmenverhältnis – jedenfalls in gewissem Umfang – anzugeben, so konnten Irrtümer vermieden werden; dennoch vorkommende Fehler (z. B. „Ja, mit 7 Stimmen“ als Antwort auf eine Hauptfrage) konnten sofort erkannt und im Wege des Berichtigungsverfahrens behoben werden.⁸³ Eine genaue Angabe des Abstimmungsverhältnisses, z. B. "Ja, mit 10 Stimmen" war dagegen nicht notwendig und auch nicht erwünscht, weil man außerhalb der Jury keine Anhaltspunkte über die Minderheit gewinnen sollte.⁸⁴

An der Möglichkeit des Kassationsbeschlusses hielt die StPO von 1877 fest.⁸⁵ Wenn also die Berufsrichter übereinstimmend der Auffassung waren, daß sich die Geschworenen in der Schuldfrage zum Nachteil des Angeklagten geirrt hätten (z. B. die Frage nach Mord bejaht hatten, während die Berufsrichter nur Totschlag annahmen), so konnten sie den Spruch der Geschworenen "kassieren" und die Sache an das Schwurgericht der nächsten Sitzungsperiode verweisen.⁸⁶

Die aufgeführten Änderungen hinsichtlich Organisation und Verfahren des Schwurgerichts waren das Ergebnis intensiver Bemühungen der gesetzgebenden Gremien, die Erfahrungen, die in den vorangegangenen Jahrzehnten in den Staaten des Deutschen Bundes mit dem Schwurgericht gemacht worden waren, zu verwerten und damit dem Schwurgericht eine Ausgestaltung zu geben, die den teilweise hohen Erwartungen entsprach, welche gerade auch aus historisch-politischer Sicht an dieses Institut geknüpft wurden. Daß mit der reichsgesetzlichen Ausgestaltung des Schwurgerichts – trotz aller weiteren Diskussionen und Kritik – eine im großen und ganzen angemessene Regelung geschaffen worden war, hat sich nicht zuletzt daran erwiesen, daß diese Regelung in den folgenden nahezu 50 Jahren keine einschneidende Änderung erfahren hat.

III. Die Hauptangriffspunkte des Schwurgerichts

Vor allem zwei Aspekte beherrschten die Diskussion um das Schwurgericht. Zum einen ging es um das Trennungsprinzip, also die Eigentümlichkeit des Schwurgerichts, die darin liegt, daß zwei unabhängige Kollegien getrennt über Tat- und Rechtsfrage entscheiden, zum anderen um die Problematik der Fragestellung, die der Verbindung der Tätigkeit dieser beiden Kollegien dienen soll.

⁸³ Ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Angabe des Stimmenverhältnisses galt nicht als Formfehler, sondern als "sachlicher Mangel", so daß die Geschworenen bei ihrer erneuten Beratung an keinen Teil ihres früheren Spruchs gebunden waren. Vgl. RGSt 23, 402 und KALAU v. HOFER, KONRAD: *Der Vorsitz im Schwurgericht*, 2. Aufl., Berlin 1912, S.170.

⁸⁴ Vgl. HAHN: *Materialien zur StPO*, 1. Abtlg., S.1169 f.

⁸⁵ § 317 StPO.

⁸⁶ Vgl. hierzu im einzelnen MEYER, HUGO: *Die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten*, in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Bd., Berlin 1879, S. 213 ff., m. w. Nw.

1. Das Trennungsprinzip

Die Mitwirkung von Laien in der Strafrechtspflege kam in den Jahren nach 1848 nicht ausschließlich in der schwurgerichtlichen Verfassung zur Geltung; neben das Schwurgericht trat die Einrichtung des Schöffengerichts, bei dem Berufs- und Laienrichter als einheitliches Kollegium gemeinsam beraten und entscheiden.

Aus dem zeitgenössischen Schrifttum geht nicht eindeutig hervor, wie es dazu kam, daß das Institut des Schöffengerichts, das seit der Rezeption des römischen Rechts allmählich verdrängt worden⁸⁷ und seit der Zeit des Absolutismus fast völlig verschwunden war,⁸⁸ wieder stärker in den Vordergrund trat. Offensichtlich hat einerseits der Wunsch nach einer verstärkten Heranziehung des Laienelements in der Strafrechtspflege, andererseits die Unmöglichkeit, auch die leichteren Straffälle durch den großen Apparat des Schwurgerichts aburteilen zu lassen, zu der Wiedereinführung von Schöffengerichten geführt.⁸⁹

In der Zeit zwischen 1850 und 1870 führten folgende deutsche Länder neben dem Schwurgericht auch Schöffengerichte ein: Württemberg,⁹⁰ Hannover, Oldenburg, Hamburg, Bremen, Kurhessen, Baden, die neuen Landesteile Preußens und Sachsen. Die Schöffengerichte waren im allgemeinen nur für Bagatelldelikte zuständig. In Sachsen und Württemberg erstreckte sich die Zuständigkeit allerdings auch auf mittelschwere Strafsachen⁹¹.

Die Einführung der Schöffengerichte veranlaßte den späteren österreichischen Justizminister Julius Glaser⁹² zu der Bemerkung, daß "hiermit ein Versuch gemacht wird, den aufrichtigen Freunde der Jury nicht ohne ernste Bedenken ins Leben führen sehen: der Versuch, die zur Aburteilung der Mittelklasse der Delikte berufenen Richterkollegien durch bürgerliche Elemente, unter dem geschichtlich einer ganz anderen Institution zugeeigneten Namen der Schöffen, zu verstärken und durch diese Institution ein Mittel zu finden, die Jury allmählich zu verdrängen" – was ja in der Tat später geschehen ist.

Die Erfahrungen der Praxis mußten nun Aufschluß darüber geben, welche Form der Laienbeteiligung, die schwurgerichtliche oder die schöffengerichtliche, sich besser bewährte. Insbesondere in Sachsen glaubte man aufgrund der ersten Erfahrungen, Schöffen-gerichte anstelle des Schwurgerichts einführen zu müssen. Die sächsische Strafprozeßordnung von 1855 sah daher das Schwurgericht nicht vor. Namentlich der

⁸⁷ Vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 21; SCHMIDT, EBERHARD: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, S. 244.

⁸⁸ Vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 40.

⁸⁹ Vgl. die Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte, Berlin 1873, abgedruckt in Goltdammers Archiv, 21. Bd., S. 44.

⁹⁰ In Württemberg wurden bereits seit 1818 (Edikt über die Rechtspflege in den unteren Instanzen vom 31. Dezember 1818; zitiert bei Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 66) für die unterste Stufe der staatlichen Gerichtsbarkeit Laienbeisitzer zugezogen. Die Oberamtsgerichte waren in Zivil- und Strafsachen mit zwei Berufsrichtern und drei Laienbeisitzern besetzt. Die Laienrichter wurden seit 1868 als "Schöffen" bezeichnet. Gesetz über die Gerichtsverfassung vom 13. März 1868 (Reg. Bl. 61); StPO vom 17. April 1868 (Reg. Bl. 205); vgl. auch Geßler: Die in Württemberg bevorstehenden Änderungen der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens, in: *Gerichtssaal*, 19. Bd. (1867), S. 401 ff.

⁹¹ Vgl. die sächsische StPO vom 13. August 1855 sowie das württembergische Gesetz über die Gerichtsverfassung vom 13. März 1868; i. d. vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 76 f.

⁹² KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 74.

sächsische Generalstaatsanwalt v. Schwarze⁹³ trat für die Schöffengerichte ein. Er rühmte ihnen nach, daß sich mit ihnen die Forderung nach einer demokratischen Strafrechtspflege ebenso gut verwirklichen lasse wie mit den Schwurgerichten, und daß darüber hinaus ihr Aufbau und ihre Arbeitsweise einfacher und besser seien.⁹⁴ Insbesondere seien die Schöffengerichte für die Erledigung sämtlicher Strafsachen – unabhängig von ihrem Schweregrad – geeignet. Dagegen seien die Schwurgerichte für die Aburteilung kleiner und mittlerer Strafsachen wegen ihres schwerfälligen Aufbaus und komplizierten Verfahrens untauglich.

Dieser Auffassung traten wiederum die Anhänger des Schwurgerichtsgedankens⁹⁵ entgegen und erklärten – unterstützt von der liberalen Presse –, daß allein die Schwurgerichte das Vertrauen des Volkes besäßen und daß nur diese Institution ein wirksamer Schutz gegen ungerechte Verurteilungen sei. Bei den Schöffengerichten sei vor allem die Gefahr gegeben, daß die Schöffen durch die Berufsrichter in zu starkem Maße beeinflusst würden. Auf diesen Mangel in der Organisation des Schöffengerichts hatte schon C. J. A. Mittermaier in seinem berühmten Werk über das Schwurgericht hingewiesen.⁹⁶

Die genannten Erwägungen veranlaßten schließlich auch den sächsischen Gesetzgeber, mit der Strafprozeßordnung vom Jahre 1868 doch das Schwurgericht als Strafgericht oberster Ordnung einzuführen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß schon während der Zeit des Deutschen Bundes der Gedanke, Schöffengerichte einzuführen, Anhänger fand. Allerdings setzte sich das Schöffengericht damals gegenüber dem Schwurgericht noch nicht allgemein durch. Die dominierende Rolle, die das Schwurgericht als Strafgericht höchster Ordnung um die Mitte des vorigen Jahrhunderts in Deutschland gespielt hat, kommt nicht zuletzt in dem Beschluß des zweiten Deutschen Juristentages⁹⁷ zum Ausdruck, in dem es heißt: "Der Deutsche Juristentag erklärt es für ein Bedürfnis deutscher Strafrechtspflege, daß Schwurgerichte, auch in denjenigen deutschen Staaten, in welchen dies noch nicht geschehen, jedenfalls für schwere Strafsachen eingeführt werden."

Die eigentümliche Besonderheit des Schwurgerichts – im Gegensatz zum Schöffengericht – liegt, wie bereits ausgeführt, im sog. Trennungsprinzip, welches besagt, daß die Berufs- und die Laienrichter bei der Urteilsfindung getrennt voneinander tätig werden. Mit dieser Trennung sollte der Forderung Rechnung getragen werden, die Unabhängigkeit der Laienrichter von den Berufsrichtern zu sichern. Das Trennungsprinzip wurde bei der Einführung des Schwurgerichts auf deutschem Boden dadurch vollzogen, daß bei der Urteilsfindung – nach französischem Vorbild – die

⁹³ VON SCHWARZE, FRIEDRICH OSCAR: *Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform*. Erlangen 1865; VON SCHWARZE, FRIEDRICH OSCAR: *Geschworenengericht und Schöffengericht*. O.O., 1864. VON SCHWARZE, FRIEDRICH OSCAR: *Die Schwurgerichtsliteratur der neuesten Zeit*, in: *Gerichtssaal* 17. Bd. (1865), S. 129–160.

⁹⁴ Vgl. auch ZACHARIAE, HEINRICH ALBERT: *Das moderne Schöffengericht*. Göttingen 1872, S. 36, sowie die Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte, S. 54.

⁹⁵ Z. B. MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON: *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte*. Erlangen 1865; MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON: *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte*. Berlin 1866; SEUFFERT, HERMANN: *Über Schwurgerichte und Schöffengerichte*. München 1873.

⁹⁶ MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON: *Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren*. Landshut 1819, S. 56.

⁹⁷ Verhandlungen des zweiten Deutschen Juristentages (1862), 2. Band, S. 681 ff.

Beantwortung der sogenannten Tatfrage von der sogenannten Rechtsfrage unterschieden und beide Fragen auf die auch äußerlich getrennten Gremien der Berufsrichter und der Geschworenen verteilt wurden. Die Teilung der Urteilsfindung und ihre Übertragung auf zwei selbständige, voneinander getrennt tätig werdende Kollegien wurde im 19. Jahrhundert und wird auch heute mit Recht als der Kern der (echten) Schwurgerichtsorganisation bezeichnet.⁹⁸

Die Teilung der Urteilsfindung stammt aus dem englischen Recht, das dieses Vorgehen in dem charakteristischen Satz zusammenfaßt: *ad quaestionem facti respondent iuratores, ad quaestionem juris respondent iudices*.⁹⁹ Freilich bedarf dieser Satz einer Interpretation: Was ist unter "factum" und was unter "ius" zu verstehen? Wo verläuft – genau besehen – die Trennungslinie? Gab es im englischen Recht überhaupt einen derartigen Schnitt zwischen der Tatfrage und der Rechtsfrage, wie er in jenem Satz zum Ausdruck zu kommen scheint? Hierüber gab Rudolf Heinze¹⁰⁰ schon 1864 nähere Auskunft, indem er vor allem auf das in England übliche organische Zusammenwirken von Schwurgerichtspräsident und Geschworenen hinwies: "Will man in das Verständnis der englischen Jury-Einrichtung eindringen, so darf man nicht die Jury für sich, sondern muß dieselbe in dem organischen Verband betrachten, der die Geschworenen und den Gerichtshof umschlingt. Die ganze Anlage des Instituts bringt die Verschmelzung der verschiedenen Funktionen von Berufsrichter und Geschworenen unter einer höheren, natürlichen Einheit mit sich. Die Sonderung, soweit sie existiert, hat sich in England aus der inneren Verschiedenheit der beiderseitigen Beitragsfähigkeit heraus gebildet; daher nirgends die theoretische Schärfe der französischen Scheidung, die bei ihrer praktischen Durchführung (Zuweisung der Tatsachenfragen an die Geschworenen, der Rechtsfragen an die Berufsrichter) vielfach auf Schwierigkeiten stößt. Das englische Recht geht von der tatsächlichen Notwendigkeit aus, die Mitwirkung der Geschworenen zur Unterstützung des Richters in Anspruch zu nehmen und weiß das Zusammenwirken beider zu einem gemeinsamen; vereinigenden Abschluß zu bringen."

Hält man sich diese Erläuterung vor Augen, so wird deutlich, daß die "Teilung der Urteilsfindung", wie sie als charakteristisches Merkmal des französisch-deutschen Schwurgerichts scheinbar aus dem englischen Rechtskreis übernommen worden ist, in Wahrheit dort niemals mit jener Schärfe durchgeführt war. Die Unterscheidung zwischen Tatfrage (*factum*) und Rechtsfrage (*ius*) hatte man in Frankreich – vor allem aufgrund der Lehren Montesquieus – wörtlich genommen¹⁰¹: Die Geschworenen antworteten, ob sie diejenigen Tatsachen für bewiesen erachteten, die den Tatbestand des Verbrechens ergaben. Der Gerichtshof entschied, ob die als bewiesen angesehenen Tatsachen den gesetzlichen Straftatbestand ausmachten, d. h. ein strafbares Verhalten ergaben, und befand außerdem über das Strafmaß.

⁹⁸ Vgl. z. B. V. BAR, KARL FRIEDRICH: *Recht und Beweis im Geschworenengericht*. Hannover 1865, S. III; MÜLLER, EDGAR JACQUES: *Die heutige Bedeutung der Schwurgerichte in der Schweiz*. in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 209 (1958), S. 2 f.; Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte, S. 46 f.

⁹⁹ In der Sache dasselbe besagt die klassische Belehrung englischer Schwurgerichtspräsidenten an die Geschworenen: "The facts are for you and the law is for me." Vgl. KNITTEL: *Der englische Strafprozeß*. S. 64.

¹⁰⁰ HEINZE, RUDOLF: *Parallelen zwischen der englischen Jury und dem französisch-deutschen Schwurgericht*. Erlangen 1864, S. 28 f.

¹⁰¹ Vgl. hierzu SCHWINGE: a.a.O., S. 1 I ff. m. w. Nachw.

Auch in Deutschland faßte man die "Teilung der Urteilsfindung" bei der Einführung der Schwurgerichte – entsprechend dem französischen Vorbild – zunächst im Sinne einer solchen Trennung von Tatfrage und Rechtsfrage auf.¹⁰² Sehr bald entwickelte sich jedoch die Einsicht, daß bei der Beurteilung eines Verhaltens als Straftat die sogenannte Tatfrage und die sogenannte Rechtsfrage nicht in jener Weise auseinandergerissen werden können.¹⁰³ Denn die Fragestellung von Tatsachen muß von einem Strafgericht von vornherein notwendig aus dem Blickwinkel erfolgen, ob bestimmte gesetzliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

Daher bahnte sich in Deutschland schon bald nach der Einführung des Schwurgerichts in den Partikularstaaten eine Entwicklung an, die bei der "Teilung der Urteilsfindung" zu einer wesentlichen Akzentverschiebung führte. Die "Tatfrage" wurde nicht mehr als Frage nach bloßen Tatsachen verstanden, sondern als Frage nach der "Straftat". Den Geschworenen kam deshalb nicht mehr nur die Beantwortung der Frage zu, ob bestimmte Tatsachen als solche bewiesen seien. Sie hatten vielmehr zu beurteilen, ob im Sinne eines gesetzlichen Tatbestandes eine "Straftat" vorlag. Diese Veränderung im Verständnis der "Tatfrage" brachte es mit sich, daß nunmehr der Schwerpunkt der Geschworenentätigkeit in der Beantwortung der Frage lag, ob der Angeklagte vor dem Gesetz "schuldig" sei. Aus der "Tatfrage" wurde die "Schuldfrage" als Gegenstand der Beurteilung durch Geschworene. Die "Rechtsfrage", deren Beantwortung dem Gerichtshof vorbehalten blieb, reduzierte sich demgemäß auf bloße Verfahrensfragen, abstrakte Hinweise zur Gesetzesauslegung und auf die Festsetzung der Strafe.¹⁰⁴ So kam es dazu, daß die "Teilung der Urteilsfindung" in Deutschland schließlich in der sachlichen Durchführung weder mit dem englischen Jury-System noch mit dem ursprünglichen französischen Vorbild voll übereinstimmte.

Trotz der erwähnten Akzentverschiebung gegenüber dem französischen Verständnis der Trennung von "Tatfrage" und "Rechtsfrage" blieb freilich die "Teilung der Urteilsfindung" der Hauptangriffspunkt der Schwurgerichtseinrichtung. Schon im Jahre 1819, als die Schwurgerichte in den ehemals französisch besetzten linksrheinischen Gebieten bereits Fuß gefaßt hatten¹⁰⁵ und man in den übrigen Teilen Deutschlands daran ging, das Strafverfahren zu erneuern, hatte C. J. A. Mittermaier¹⁰⁶ zu bedenken gegeben, daß die Teilung der Richteraufgabe und die damit einhergehende Trennung der Tatfrage von der Rechtsfrage "ein unsicheres Prinzip" sei und "die Einwendungen dagegen noch nicht widerlegt" seien. Trotz seiner kritischen Äußerung zu Beginn der Auseinandersetzung um das Schwurgericht wurde Mittermaier gleichwohl der engagierteste Fürsprecher des Schwurgerichtes. Er trug wesentlich dazu bei, daß der Kampf um das Schwurgericht in den Staaten des Deutschen Bundes schließlich zugunsten dieser Gerichtsform ausfiel.¹⁰⁷

Auch nach der allgemeinen Einführung des Schwurgerichts in den deutschen Einzelstaaten wurde das Trennungsprinzip im Schrifttum überwiegend kritisch

¹⁰² S. z. B. ABEKG, JULIUS FRIEDRICH HEINRICH: *Der Entwurf einer StPO für die preußischen Staaten*. Halle 1852, S. 146

¹⁰³ Vgl. insbesondere MEYER, HUGO: a.a.O., S. 74 f. 109 f.; KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 75.

¹⁰⁴ Vgl. auch die Darstellung dieser Entwicklung in der Amtlichen Denkschrift über die Schöffengerichte, S. 47.

¹⁰⁵ Vgl. SCHWINGE: a.a.O., S. 36 ff.

¹⁰⁶ MITTERMAIER: *Strafrechtspflege und Geschworenengericht*, S. 44.

¹⁰⁷ Vgl. SCHWINGE: a.a.O., S. 146 ff., insbesondere S. 152/153.

beurteilt. V. Schwarze¹⁰⁸ behauptete beispielsweise, daß die Absonderung der Juristen und der Laien in zwei Kollegien zu getrennter Arbeit die Möglichkeit einer gerechten und gesunden Rechtspflege vernichte. Er war der Ansicht, daß die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten nicht aus zwei Entscheidungen, welche unabhängig voneinander und selbständig zustande gekommen seien, künstlich zusammengesetzt werden könne. Die Ursache für die Untauglichkeit des Systems zweier Richterkollegien sah v. Schwarze¹⁰⁹ darin, daß der Grundgedanke der Jury, die Mitwirkung des bürgerlichen Elements bei der Strafrechtspflege, in der französischen Form der Jury keinen gesunden und lebenskräftigen Ausdruck gefunden habe, weil sie aus Mißtrauen geboren worden sei. V. Schwarze begründete seine ablehnende Beurteilung des Trennungsprinzips im übrigen mit einem Hinweis auf den historischen Ursprung der englischen Jury. Er erinnerte daran, daß die Geschworenen in England ursprünglich Zeugenfunktion hatten und daß ihr Wahrspruch, wenn er die Tatfrage bejahte, gleichsam das fehlende Geständnis des Angeklagten ersetzte.¹¹⁰ Diese Auffassung, so führte v. Schwarze weiter aus, passe jedoch nicht für diejenige Form der Jury, die sich bis zum Jahre 1865 in Deutschland herausgebildet habe. Jedenfalls sei die Aufgabe der Jury eine ganz andere geworden, nämlich Richterin über die Schuld des Angeklagten zu sein; die Qualifikation der Tat durch die Geschworenen sei nicht nur eine Frage des Beweises.

Mit der den Schwurgerichten zugewiesenen neuen Funktion – der Entscheidung der Schuldfrage – sei aber eine Zweiteilung des Gerichtskörpers unmöglich geworden, weil das gerichtliche Urteil ein in sich geschlossenes Ganzes sei, das nicht aus zwei selbständig geschaffenen Teilen zusammengefügt werden könne.¹¹¹ Im Ergebnis seiner Überlegungen empfahl v. Schwarze daher die schöffengerichtliche Verfassung.

Auch Dalcke¹¹² sah das "Hauptgebrechen" des Juryverfahrens darin, "daß in demselben zwei völlig voneinander getrennte Richterkollegien judizieren." V. Bar¹¹³ begründete seine Ablehnung des Trennungsprinzips mit folgender Erwägung: Wenn es "die einzig würdige Auffassung des Geschworenengerichts sei, daß niemand verurteilt werden solle, von dessen Schuld der rechtsgelehrte Richter nicht eine hinreichende Zahl rechtschaffener und verständiger Männer aus dem Volke zu überzeugen vermöchte", dann könne die Ansicht des rechtsgelehrten Richters bei der Entscheidung der Schuldfrage nicht völlig beiseite gesetzt und seine Tätigkeit darauf beschränkt werden, an den Wahrspruch der Geschworenen die gesetzliche Rechtsfolge, den Strafausspruch, zu knüpfen.

In der Tat zwingt diese Auffassung von Sinn und Zweck des Schwurgerichts dazu, den Berufsrichter in wirklich ausschlaggebender Weise – etwa nach Art des englischen Juryvorsitzenden – an der Urteilsfällung zu beteiligen. Die Ansicht v. Bars blieb jedoch ohne Einfluß auf die Gesetzgebung der deutschen Einzelstaaten. Diese bekannte sich vielmehr, wie bereits erwähnt, zu der französischen Form des Schwurgerichts, die – im

¹⁰⁸ SCHWARZE: *Das deutsche Schwurgericht*, S. V.

¹⁰⁹ SCHWARZE: *Das deutsche Schwurgericht*, S. III.

¹¹⁰ Vgl. hierzu SCHWINGE: a.a.O., S.106 ff.

¹¹¹ SCHWINGE: a.a.O., S. 98

¹¹² DALCKE, A.: *Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren*. 2. Aufl., Berlin 1896, S. V.

¹¹³ V. BAR: a.a.O., S. IV.

Gegensatz zur englischen Ausprägung – dem Gerichtsvorsitzenden grundsätzlich keinen entscheidenden Einfluß auf die Urteilsfällung zubilligte.

Zusammenfassend läßt sich an dieser Stelle festhalten: Die Übernahme der Juryeinrichtung aus dem englischen Rechtskreis durch die französische und deutsche Gesetzgebung war weithin in dem Glauben geschehen, daß das englische Institut ohne Anpassung des übrigen Verfahrensrechts auch auf dem europäischen Kontinent funktionieren werde. Man nahm auch an, daß die Umwandlung des inneren Gefüges der Jury ohne negative Auswirkungen bleiben werde. Diese Vorstellungen bei der Einführung des Schwurgerichts in den deutschen Einzelstaaten sind vom überwiegenden Teil der damaligen deutschen Strafrechtswissenschaft als Fehleinschätzungen der Gesetzgeber und der Befürworter des Schwurgerichts gewertet worden. Sie haben v. Gneist¹¹⁴ zu der Äußerung veranlaßt, daß von Anfang an "der Keim der Auflösung" im kontinentalen System des Schwurgerichts gelegen habe.

2. Die Fragestellung

Von den Gegnern des Schwurgerichts wurde die Fragestellung als die "crux der ganzen Einrichtung" sowie die "unversiegbare Quelle des heillosen Zustandes der Juryeinrichtung" bezeichnet.¹¹⁵ Differenzierter urteilte dagegen Liepmann¹¹⁶: "Die Fragestellung ist mit ihrer komplizierten Ausgestaltung durch Hilfs- und Nebenfragen geeignet, in nur einigermaßen verwickelten Fällen die richtige Urteilsfällung besonders zu erschweren und jedenfalls dem Verständnis von Laienrichtern wenig angepaßt."

Die das Schwurgericht befürwortenden Schriftsteller sahen in der Fragestellung eine dem Gedanken des reformierten Strafprozesses und – weil über sie zwischen Gericht und "Parteien" verhandelt werden konnte – insbesondere dem Gedanken der Parteiverhandlung wohl entsprechende Einrichtung.

Goldammer hatte schon im Jahre 1855 darauf hingewiesen, daß die mit der "Fragestellung" verknüpften Schwierigkeiten nicht den Geschworenen angelastet werden könnten. Er führte hierzu aus.¹¹⁷: "Es ist unverkennbar, daß die Qualifikation unserer Geschworenen weniger darin in Zweifel gezogen werden kann, ein einfaches Urteil über das Resultat tatsächlicher Erörterungen und Beweiserhebungen zu fällen, als vielmehr darin, dieses Urteil in dem Schema der ihnen vorgelegten Fragen auszudrücken. Daß dies nicht ein Vorwurf gegen die Geschworenen sein kann, folgt einfach aus der unbestreitbaren Tatsache, daß die Mehrzahl der Kassationen schwurgerichtlicher Entscheidungen nicht wegen der Mängel der Verdikte, sondern vielmehr wegen der Mängel der Fragestellung erfolgt." Dieser Ausspruch Goldammers wurde noch nach mehr als dreißig Jahren von Dalcke¹¹⁸ als "volle Wahrheit" bezeichnet.

¹¹⁴ V. GNEIST: a.a.O., Die Bildung der Geschworenengerichte, S. IIII.

¹¹⁵ Zitiert nach MITTERMAIER, WOLFGANG: *Zur Frage der Schwurgerichte*. in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 2. Jg., S. 1 ff., S.18 und DALCKE: *Fragestellung und Verdikt*. S. 5; vgl. auch V. SCHWARZE: *Das deutsche Schwurgericht*. S. XI.

¹¹⁶ LIEPMANN, PAUL: *Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform*. Berlin 1909, S. 18.

¹¹⁷ Zitiert nach DALCKE: *Fragestellung und Verdikt*, S. III.

¹¹⁸ Zitiert nach DALCKE: *Fragestellung und Verdikt*. S. III.

Das Institut der Fragestellung brachte große rechtstechnische Schwierigkeiten mit sich und stellte nur "ein unzulängliches Mittel zur Lenkung der Geschworenen"¹¹⁹ dar. Sie war in der Tat der neuralgische Punkt des Schwurgerichtsverfahrens. Freilich darf auch nicht übersehen werden, daß dem Institut der Fragestellung reiche Erkenntnisse auf materiell-rechtlichem Gebiet zu verdanken sind.¹²⁰ Im Jahre 1904 stellte Oetker in seiner detaillierten Abhandlung "Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfrage"¹²¹ fest, daß die Prüfung der gesetzlichen Tatbestände von dem formellen Gesichtspunkt der Fragestellung aus manche belehrenden Einblicke in die Struktur der Strafgesetze geliefert habe, wie sie bei rein materiell-rechtlicher Betrachtung nur schwer oder gar nicht zu gewinnen gewesen wäre".¹²²

a) Die Bedeutung der Fragestellung

Die dem Schwurgericht eigentümliche Verteilung der Richtertätigkeit auf zwei voneinander getrennte Organe, die Berufsrichter und die Geschworenen, hat eine Verbindung der Tätigkeit dieser beiden Kollegien notwendig gemacht.¹²³ Der Grund hierfür liegt in der komplexen geistigen Tätigkeit der Urteilsfindung im Strafprozeß; sie wird gewöhnlich von einem Richter oder einem – eine Einheit bildenden – Richterkollegium vollzogen und kann nicht ohne weiteres auf zwei voneinander getrennte Organe verteilt werden. Geschieht dies dennoch, wie beim Schwurgericht, so muß ein verbindendes Element – gleichsam eine Brücke – hinzukommen, um die Gewinnung eines einheitlichen, in sich geschlossenen Urteils über einen Menschen und die ihm zur Last gelegte Tat zu ermöglichen.¹²⁴ Das englische Schwurgerichtsverfahren entspricht der Notwendigkeit eines verbindenden Elementes zwischen vorsitzendem Richter und Geschworenen durch das sog. *summing up* des Vorsitzenden.

Im *summing up* faßt der Vorsitzende das Verhandlungsergebnis zusammen, erläutert es, gibt den Geschworenen eine Rechtsbelehrung und setzt sie durch entsprechende Hinweise in den Stand, den Fall sachgerecht zu entscheiden. Man hat daher das *summing up* des englischen Schwurgerichtsvorsitzenden mit Recht als "das geistige Band" der Urteilsfindung bezeichnet.¹²⁵

Das französisch-deutsche Schwurgerichtsverfahren hat diese Art der Verbindung von Richter- und Geschworenentätigkeit nicht übernommen, sondern statt dessen das Institut der sog. Fragestellung entwickelt.¹²⁶ Man versteht darunter die Vorlegung bestimmter Fragen durch den vorsitzenden Richter an die Geschworenen.¹²⁷ Die Fragen betrafen die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat; sie hielten sich eng an den

¹¹⁹ KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*. S. 117.

¹²⁰ Das betont vor allem MITTERMAIER, W.: a.a.O. S. 18.

¹²¹ MITTERMAIER, W.: a.a.O., S. 53.

¹²² OETKER, FRIEDRICH: *Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfragen*. 1904, S. 59: "Die Sehkraft des Strafrechters zu schärfen, erweist sich eben nicht selten die prozessuale Brille dienlich".

¹²³ Vgl. Motive zu §§ 248–255 des Entwurfs der StPO (HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 222) sowie KALAU v. HOFER: a.a.O., S. 132.

¹²⁴ Vgl. DALCKE: *Fragestellung und Verdikt*. S. 1; PLANCK, a.a.O., S. 389.

¹²⁵ DALCKE: *Fragestellung und Verdikt*. S. V; vgl. auch LIEPMANN, PAUL: *Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform*. Berlin 1909, S. 19.

¹²⁶ Vgl. PLANCK: a.a.O., S. 390.

¹²⁷ Vgl. §§ 290 ff. StPO.

Wortlaut des jeweils anzuwendenden Strafgesetzes und mußten so gefaßt sein, daß sie sich mit Ja oder Nein beantworten ließen.¹²⁸

Es hatte sich schon bald nach Einführung des Schwurgerichts in Deutschland herausgestellt, daß die "Fragestellung" Dreh- und Angelpunkt des schwurgerichtlichen Verfahrens war. Dalcke vertrat die Auffassung, daß der Wert des Schwurgerichts überhaupt von der richtigen Art der Fragestellung abhinge. Er führte aus¹²⁹: „Schon die Erfahrungen weniger Jahre Praxis der Schwurgerichte reichten aus, um überall der Überzeugung Eingang zu verschaffen, daß die Erfolge der schwurgerichtlichen Tätigkeit sowie der Wert des Institutes lediglich durch die richtige Art der Fragestellung bedingt seien."

Es ist daher nicht verwunderlich, wenn zu jener Zeit ein lebhafter Streit um die beste Art der Fragestellung ausbrach und daß zu diesem Problem eine so reichhaltige Literatur und Rechtsprechung entstand wie zu wohl keiner anderen Frage auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts.¹³⁰ Trotz unterschiedlicher Grundeinstellung ging also die Strafprozeßrechtswissenschaft daran, einen dogmatisch abgehobenen, "festen Unterbau für die Brücke zu bilden, welche durch die Fragestellung zwischen dem Richtertisch und der Geschworenenbank geschlagen werden soll".¹³¹

Im folgenden soll ein kurzer Überblick über die Systematik der Fragestellung, ihre Hauptstreitpunkte und die dazu entwickelten Lösungsversuche gegeben werden.¹³²

b) Arten der Fragen

Die Partikulargesetze und ihnen folgend die Reichs-Strafprozeßordnung kannten drei Arten von Fragen: sog. Hauptfragen, Hilfsfragen (auch Eventualfragen genannt) und Nebenfragen.

Die Hauptfrage umfaßte den vollen gesetzlichen Tatbestand der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat. Sie begann mit den Worten: "Ist der An geklagte schuldig . . ."¹³³ konnte also z. B. lauten: "Ist der Angeklagte schuldig, den B vorsätzlich getötet und die Tat mit Überlegung ausgeführt zu haben?"

Sinn und Zweck der sog. Hilfs- oder Eventualfrage war folgender¹³⁴: Nach § 263 StPO sollte Gegenstand der Urteilsfindung "die Tat" sein, aber nicht wie Anklage und Eröffnungsbeschluß sie qualifizierten, sondern wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellte. Auch im Schwurgerichtsverfahren kam es häufig vor, daß die in Rede stehende Straftat nach ihrer Erörterung in der Hauptverhandlung anders beurteilt werden mußte als dies in der Anklage geschehen war. Da in diesem Falle die Tat nicht etwa in einem erneuten Verfahren angeklagt, sondern in derselben

¹²⁸ Vgl. § 292 Abs. I StPO.

¹²⁹ DALCKE: *Fragestellung und Verdikt*, S. 3.

¹³⁰ Eine für die Bedürfnisse der damaligen Praxis zugeschnittene Übersicht über die Rechtsprechung zur "Fragestellung" enthält die Schrift von KALAU V. HOFE: *Der Vorsitz im Schwurgericht*, S. 132 ff.

¹³¹ DALCKE: *Fragestellung und Verdikt*, S. V.

¹³² Eine in Einzelheiten gehende Darstellung der verschiedenen partikularrechtlichen Regelungen findet sich bei PLANCK: a.a.O., S. 389 ff. Die reichsgesetzliche Regelung wird ausführlich behandelt von HUGO MEYER in *Holtzendorffs Handbuch des dt. Strafprozeßrechts*, 2. Bd., S. 127 ff.

¹³³ § 293 StPO.

¹³⁴ Vgl. die Motive zu § 252 des Entwurfs der StPO (HAHN: *Materialien zur StPO*, I. Abtlg., S. 266).

Verhandlung abgeurteilt werden sollte, mußte sie der Entscheidung der Geschworenen zugeführt werden. Dies geschah durch Vorlegung der sog. Hilfsfrage.¹³⁵

Über die Bedeutung der Hilfsfrage heißt es in den Motiven zu § 252 des Entwurfs¹³⁶: "Die Hilfsfragen sollten dazu dienen, den Geschworenen die Erfüllung ihrer Aufgabe auch in den Fällen zu ermöglichen, wo zur Wahrung der materiellen Gerechtigkeit die Gesichtspunkte der Anklage nach den Ergebnissen der Hauptverhandlung modifiziert werden müssen. Sie sind ihrem Wesen nach Hauptfragen, weil sie gleich diesen und im Gegensatz zu den Nebenfragen für sich allein den vollen Tatbestand einer strafbaren Handlung umfassen."

Der Ausdruck "Hilfsfrage" läßt den Charakter dieser Fragenart als einer Hauptfrage nicht ohne weiteres erkennen. Der in verschiedenen partikularen Strafprozeßordnungen verwandte Ausdruck "Eventualfrage" bringt die Gleichrangigkeit mit der Hauptfrage besser zum Ausdruck. Nebenfragen,¹³⁷ auch Zusatzfragen genannt, hatte der Vorsitzende an die Geschworenen hinsichtlich solcher Umstände zu stellen, die nach dem Strafgesetz die Strafbarkeit erhöhten oder verminderten.

Die richtige Anordnung von Haupt-, Hilfs- und Nebenfragen im konkreten Fall hing von der jeweiligen Klärung bestimmter materiellrechtlicher Vorfragen ab und wurde dadurch erheblich kompliziert. Dies galt namentlich für den materiellrechtlichen Bereich der Konkurrenzen verschiedener Straftatbestände. Für den Fall der Realkonkurrenz forderte die Bestimmung des § 292 Abs. 3 StPO, daß für jede einzelne Handlung eine Hauptfrage gestellt wurde. Das Reichsgericht hielt die Zusammenfassung zweier in Realkonkurrenz stehender Straftaten in einer Frage selbst dann für unzulässig, wenn die Antwort der Geschworenen keinen Zweifel darüber ließ, daß sich ihr Verdikt auf beide Taten bezog.¹³⁸

In einem vom Reichsgericht entschiedenen Fall¹³⁹ waren dem Angeklagten zwei Meineide zur Last gelegt worden, die durch zwei selbständige Handlungen begangen sein sollten; den Geschworenen war aber nur eine Frage, die beide Meineide umfaßte, vorgelegt worden. Obwohl die Geschworenen geantwortet hatten: „Ja, in beiden Fällen“, hob das Reichsgericht das Urteil wegen falscher Fragestellung auf.

Beim Vorliegen von Idealkonkurrenz, für die ausdrückliche Vorschriften bezüglich der Fragestellung in der StPO fehlten, waren nach Lehre und Rechtsprechung¹⁴⁰ entweder so viele verschiedene Hauptfragen zu stellen, als Strafgesetze durch die eine Handlung verletzt waren, oder es mußten die verschiedenen konkurrierenden Tatbestände in eine Hauptfrage zusammengefaßt und gleichzeitig in der Frage zum Ausdruck gebracht werden, daß dieselben nur durch eine Handlung verübt worden seien. In jedem Falle war es bei Vorliegen von Idealkonkurrenz unzulässig, diesen Umstand durch eine Hilfsfrage zum Ausdruck zu bringen.

Die Fragestellung gab auch dann zu Zweifeln Anlaß, wenn im Eröffnungsbeschluß Realkonkurrenz angenommen worden war, sich aber in der Verhandlung herausstellte,

¹³⁵ § 294 StPO.

¹³⁶ HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 226.

¹³⁷ Vgl. § 295 StPO.

¹³⁸ RGSt 5, 383.

¹³⁹ RGSt 2, 638.

¹⁴⁰ Vgl. HELLWEG, A.: *Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich*. 7. Aufl., Berlin 1894, § 292 StPO Anm. 2 sowie RGSt 4, 287; 21, 405.

daß nur Fortsetzungszusammenhang in Frage kam, ebenso im umgekehrten Falle. Hier wurde mit verschiedenen Kombinationen von Haupt- und Hilfsfragen verfahren.¹⁴¹

Wegen der jeweils gebotenen unterschiedlichen Form der Fragestellung bei verschiedenen Konkurrenzarten war eine vorangehende oder nachträglich von der Revisionsinstanz vorzunehmende Klärung der jeweiligen Konkurrenzprobleme unerlässlich. Dies brachte es mit sich, daß der dem materiellen Strafrecht angehörende Bereich der Konkurrenz im Hinblick auf das Institut der Fragestellung von Rechtsprechung und Lehre in besonderem Maße durchleuchtet wurde und viele Zweifelsfragen einer Klärung zugeführt werden konnten.¹⁴²

Die Problematik der Fragestellung trat besonders in dem bis heute in der Strafrechtslehre als Modellfall benutzten Kriminalprozeß aus dem Jahre 1858 gegen die Angeklagten Rose und Rosahl hervor.¹⁴³ Der Fall ist in der Strafrechtsdogmatik zwar in erster Linie wegen seiner Irrtumsproblematik bekannt geworden. Diese ist hier jedoch aufs engste mit der verfahrensrechtlichen Problematik der Fragestellung verknüpft. Aus diesem Grunde sei der Fall Rose/Rosahl mitgeteilt und kurz beleuchtet.

In Schliepzig bei Halle an der Saale hatte der Holzhändler Rosahl den bei ihm in Diensten stehenden Rose durch Versprechen einer Geldbelohnung dazu angestiftet, einen seiner Gläubiger, den Zimmermann Schliebe, zu erschießen. Zur Ausführung der Tat hatte Rosahl dem Rose eine Flinte und Munition übergeben. Eines Nachts lauerte Rose an einer Landstraße dem Schliebe auf. Statt des erwarteten Schliebe kam jedoch der Gymnasiast Harnisch des Wegs. Diesen erschöß Rose, weil er ihn in der Dunkelheit für Schliebe hielt.

Bei der materiell-rechtlichen Beurteilung dieses Falles kommen zwei Auffassungen in Betracht. Entweder: Rose beging einen vollendeten Mord; sein Irrtum über die Person, die er erschöß, ist rechtlich ohne Bedeutung. Oder: Rose machte sich eines gegen Schliebe gerichteten Mordversuchs in Tateinheit mit einer fahrlässigen Tötung des Harnisch schuldig.

Entsprechend ist die Anstiftung des Holzhändlers Rosahl entweder als Anstiftung zum vollendeten oder lediglich zum versuchten Mord zu bewerten. Wegen der sich aus dem Irrtum des Rose ergebenden schwierigen Rechtslage bestand die Gefahr eines ungerechtfertigten Freispruchs durch die Geschworenen. Die Hallenser Berufsrichter wollten das kaltblütig begangene Verbrechen und die Anstiftung dazu jedoch keinesfalls ungesühnt lassen. Sie wählten daher eine Form der Fragestellung, die eine Verurteilung in jedem Falle sicherte, die jedoch in strafprozessualer Hinsicht Bedenken aufwarf. Die Hauptfrage des Vorsitzenden ging dahin, ob Rose eines vollendeten Mordes schuldig sei. Außerdem wurde in einer Eventualfrage für den Fall der Verneinung der Hauptfrage auch noch die zweite rechtliche Möglichkeit (versuchter Mord in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung) den Geschworenen zur Entscheidung vorgelegt.

Daß hier eine Eventualfrage gestellt wurde, war bedenklich.¹⁴⁴ Denn mit einer Eventualfrage sollte allein den Fällen Rechnung getragen werden, in denen sich im

¹⁴¹ Vgl. dazu KALAU v. HOFER: a.a.O., S. 148 ff.

¹⁴² Vgl. hierzu OETKER: *Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfragen*. S. 53 ff.

¹⁴³ Vgl. die Darstellung von HÄLSCHNER, HUGO: *Der Kriminalprozeß gegen Rose und Rosahl*, ein Beitrag zur Lehre vom Irrtum, in: *Goldammer's Archiv* 7. Bd. (1859), S. 433 ff.

¹⁴⁴ Vgl. HÄLSCHNER: a.a.O., S. 433 f.

Laufe der Verhandlung ein verändertes Bild des tatsächlichen Geschehensablaufes ergab, so daß die Tat anders als in Anklage und Eröffnungsbeschluß qualifiziert werden mußte. Nicht aber entsprach es Sinn und Zweck der Eventualfrage, zwei voneinander abweichende rechtliche Beurteilungen ein und desselben Tatsachenstoffs zur Entscheidung der Geschworenen zu bringen.

Im Falle Rose/Rosahl war am tatsächlichen Ablauf des äußeren und inneren Geschehens kein Zweifel; es waren lediglich zwei rechtliche Beurteilungen des Sachverhalts möglich. Die Klärung der rechtlichen Zweifelsfrage wäre hier allein Sache der Berufsrichter gewesen. Die Hallenser Richter wollten jedoch, wie gesagt, eine Verurteilung der Angeklagten auch für den Fall sichern, daß die Geschworenen sich wegen des Roseschen Irrtums nicht zur Bejahung eines vollendeten Mordes entschließen konnten; die Geschworenen hätten dann die Eventualfrage bejahen und wenigstens Mordversuch in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung als erwiesen ansehen können. Die hier gewählte alternative Art der Fragestellung war also – auch wenn sie gewissen Bedenken unterlag – jedenfalls geeignet, einen ungerechtfertigten Freispruch zu verhindern.¹⁴⁵

Die Geschworenen zu Halle entschieden mit mehr als sieben Stimmen, daß Rose des vollendeten Mordes und Rosahl der Anstiftung und Beihilfe dazu schuldig seien. Die Nichtigkeitsbeschwerden der Verurteilten wies das Obertribunal zurück. In seinem Urteil berührte das Obertribunal die Frage der Zulässigkeit der Eventualfrage allerdings nicht.

c) Manipulation durch Fragestellung

Bei der Darstellung des Falles Rose/Rosahl ist deutlich geworden, daß die Berufsrichter durch die jeweilige Art ihrer Fragestellung Einfluß auf den Spruch der Geschworenen nehmen konnten. Je nachdem wie die Fragen gestaltet waren, konnte also das Übergewicht bei der Urteilsfällung auf seiten der Geschworenen oder bei den Berufsrichtern liegen. Die Einflußnahme der Berufsrichter auf die Entscheidung der Geschworenen wurde vor allem dadurch ermöglicht, daß die von ihnen gestellten Fragen zwangsläufig den Spielraum für die Entscheidung der Geschworenen einschränkten. Sie trafen nämlich durch die Art der Fragen die negative Feststellung, daß die zur Verhandlung stehende Tat jedenfalls nicht unter einen in der Fragestellung nicht berücksichtigten strafrechtlichen Tatbestand falle.¹⁴⁶ Lautete z. B. die Fragestellung: "Ist der Angeklagte schuldig, den X körperlich mißhandelt zu haben, wobei durch die Mißhandlung der Tod des X verursacht wurde?" (Körperverletzung mit Todesfolge, § 226 StGB), so kam eine Verurteilung des X wegen Mordes oder Totschlags von vornherein nicht in Betracht.

Wegen der Möglichkeit, daß die Berufsrichter bestimmte Wertungen vorwegnehmen konnten, wurde der Fragestellung die Bedeutung einer "antizipierten Entscheidung"¹⁴⁷ zugesprochen. Binding¹⁴⁸ apostrophierte sie als "erstes Endurteil im

¹⁴⁵ Zum Problem der alternativen Fragestellung vgl. auch KALAU v. HOFER: a.a.O., S. 146 f.; sowie RGSt 22, 213.

¹⁴⁶ Vgl. Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte, S. 48; MÜLLER, E.J.: a.a.O., S. 16.

¹⁴⁷ Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte, S. 48.

¹⁴⁸ BINDING: *Grundriß des Strafprozeßrechts*. S. 89.

Schwurgerichtsverfahren". In dem Ausklammern möglicher Beurteilungen durch die Fragestellung lag also zweifellos eine starke Einflußnahme der Berufsrichter auf den Spruch der Geschworenen.

Welchen Anteil an der Urteilsfindung die Berufsrichter und die Geschworenen hatten, hing im übrigen weitgehend davon ab, ob die Geschworenen im Sinne des ursprünglichen französischen Verfahrens nur über "Tatfragen" entscheiden oder ob sie über die Schuld des Angeklagten vor dem Gesetz und damit auch über Rechtsfragen befinden sollten.¹⁴⁹ Die unterschiedliche Einstellung hierzu hatte in den deutschen Einzelstaaten zu verschiedenartigen gesetzlichen Regelungen der "Fragestellung" geführt.¹⁵⁰ Diejenige Auffassung, die den Geschworenen lediglich die Beantwortung der sog. "Tatfragen" übertragen wissen wollte, hatte zur Folge, daß bei Formulierung der Fragen alle Rechtsbegriffe vermieden werden mußten. Das geschah dadurch, daß die Rechtsbegriffe durch mehrere "Tatsachenbegriffe" umschrieben wurden. Die Hannoversche Strafprozeßordnung von 1850 bestimmte in § 188 Abs. 6 hierzu: "Bei der Fragestellung sind diejenigen Merkmale, welche einen Rechtsbegriff enthalten, tunlichst auf das entsprechende tatsächliche Verhältnis zurückzuführen." Dieses Vorgehen führte schließlich zu der im Schrifttum so oft beklagten "heillosen Fragenzersplitterung".¹⁵¹

Vor diesem Hintergrund hatten die wissenschaftlichen Vorarbeiten, insbesondere Hugo Meyers¹⁵² und v. Bars¹⁵³ der Anschauung zum Durchbruch verholfen, daß den Geschworenen nicht nur die Feststellung der Tatsachen, sondern die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten – und damit auch von Rechtsfragen – zustehe.¹⁵⁴ Die Auffassung, daß die Geschworenen zur Entscheidung der ganzen Schuldfrage berufen seien, hatte ihren gesetzlichen Niederschlag auch in der Reichsstrafprozeßordnung gefunden.¹⁵⁵ Damit war die Stellung der Geschworenen gegenüber den Berufsrichtern erheblich verstärkt worden.

Mit dieser Entwicklung hatte sich das Verfahren der Fragestellung wesentlich vereinfacht, weil, wie hervorgehoben, nicht mehr eine verwirrende Vielzahl aufgesplitterter "Tatfragen", sondern grundsätzlich nur noch eine Hauptfrage nach der Schuld des Angeklagten gestellt werden mußte. Freilich warf die nunmehr reichsgesetzlich festgelegte Art der Fragestellung vielfältige neue Probleme auf. Weil die Geschworenen über keine besonderen Rechtskenntnisse, vor allem über keine eingehende Kenntnis der gesetzlichen Deliktsmerkmale verfügen konnten, mußte die gesamte materielle Rechtsanwendung in die Fragestellung "hineingewoben" werden.

Das führte in schwierig gelagerten Strafsachen oder beim Vorliegen von Realkonkurrenz nicht selten zu komplizierten und sehr umfangreichen Fragestellungen. Olshausen berichtete auf dem Juristentag im Jahre 1886¹⁵⁶ von einer

¹⁴⁹ Vgl. PLANCK: a.a.O., S. 391 u. 404

¹⁵⁰ Vgl. im einzelnen HAHN: *Materialien zur StPO*. 1. Abtlg., S. 464 ff.

¹⁵¹ Vgl. SCHWINGE: a.a.O., S. 14; S. 120 m. w. Nachw.

¹⁵² MEYER, HUGO: *Tat- und Rechtsfrage im Geschworenengericht*. 1860.

¹⁵³ VON BAR: *Recht und Beweis im Geschworenengericht*. 1865.

¹⁵⁴ So schon FEUERBACH in seinem klassischen Werk "*Betrachtungen über das Geschworenengericht*" (1812), S. 167 ff.

¹⁵⁵ § 293 StPO; vgl. hierzu auch DALCKE, A.: *Strafrecht und Strafprozeß*. 14. Aufl., Berlin 1920, Anm. 65 zu § 293 StPO.

¹⁵⁶ Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, 1. Bd., S. 260 f.

Strafverhandlung, bei der im Hinblick auf die einer Mehrzahl von Angeklagten zur Last gelegten Straftaten 78 Hauptfragen, nahezu ebenso viele Nebenfragen wegen mildernder Umstände sowie eine Reihe von Hilfsfragen gestellt werden mußten. Die Verlesung der Fragen habe bei der Kompliziertheit der Hauptfragen Stunden erfordert.

IV. Kritik und Reformvorschläge während des Kaiserreichs

Hervorragende Juristen aus Wissenschaft und Praxis haben sich während der Zeit des Kaiserreiches um die Verbesserung des Schwurgerichtsverfahrens und insbesondere des Systems der Fragestellung bemüht.¹⁵⁷ Es überrascht, daß trotz dieser Bemühungen die Zahl der Gegner des Schwurgerichts unter den deutschen Juristen in Wissenschaft und Praxis sowie in den gesetzgebenden Gremien des Reiches ständig zunahm. Wolfgang Mittermaier, selbst entschiedener Anhänger des Schwurgerichts, hat später die Vermutung ausgesprochen, daß um die Jahrhundertwende bereits die Mehrzahl der Juristen die Abschaffung des Schwurgerichts befürwortet habe.¹⁵⁸

1. Die Diskussion auf den Juristentagen

Die zunehmend kritische Einstellung zum Schwurgericht läßt sich deutlich am Verlauf der drei Juristentage von 1872, 1886 und 1892 ablesen. Auf dem 10. Deutschen Juristentag im Jahre 1872 zu Frankfurt a. M. sprach sich die Mehrheit der versammelten Juristen noch für das Schwurgericht und gegen das Schöffengericht als Strafgericht höchster Ordnung aus.¹⁵⁹

Neben anderen trat vor allem Rudolf v. Gneist, der als Präsident des Juristentages fungierte, für das Schwurgericht ein. Er wies darauf hin,¹⁶⁰ daß Schöffen immer unselbständig sein müßten, und daß allein bei Geschworenen die mögliche und notwendige Selbständigkeit des Laienrichterspruchs gewährleistet sei. Beim Schöffengericht sei es unvermeidlich, führte v. Gneist aus,¹⁶¹ daß der Laie sich durch stundenlange Verhandlungen mit dem vorsitzenden Richter über die Rechtsfrage an eine gewisse Bevormundung gewöhne. Er lasse sich dann auch in solchen Fällen leiten, in denen er seine Selbständigkeit nicht aufgeben sollte.

Beim Schöffengericht sei ferner bedenklich, hob v. Gneist hervor,¹⁶² daß der Laie den Belehrungen des Berufsrichters nicht öffentlich, sondern in vertraulichem Kreise ausgesetzt sei. Hierdurch entstehe ein gefährliches moralisches Übergewicht des Berufsrichters über den Laienbeisitzer.

Lediglich der bekannte Verfechter des Schöffengerichtsgedankens, der sächsische Generalstaatsanwalt v. Schwarze, sowie ein Richter namens Stöckel, ebenfalls aus Sachsen, der Hochburg der Schöffengerichtsanhänger, sprachen sich für das Schöffengericht aus.¹⁶³ Sie führten zugunsten dieser Gerichtsform u. a. an, daß ihr Verfahren

¹⁵⁷ Vgl. hierzu MITTERMAIER, W.: a.a.O., S. 4 f.

¹⁵⁸ MITTERMAIER, W.: a.a.O., S. 1.

¹⁵⁹ Verhandlungen des 10. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 311 f.

¹⁶⁰ Verhandlungen des 10. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 159 f.

¹⁶¹ Verhandlungen des 10. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 159.

¹⁶² Verhandlungen des 10. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 160.

¹⁶³ Verhandlungen des 10. Dt. Juristentages, 1. Bd., S. 18 ff.; 2. Bd., S. 168 ff.

nicht so umständlich und kompliziert sei wie beim Schwurgericht. Für das Schöffengericht und gegen das Schwurgericht spreche vor allem, daß die Geschworenen vielfach nicht in der Lage seien, die in der Schuldfrage steckenden Rechtsfragen ohne fremde Hilfe richtig zu entscheiden. Dieser Mangel trete beim Schöffengericht nicht auf, da hier die Laienrichter unter Anleitung der Berufsrichter mitberaten und mitentscheiden würden. Die Plenarversammlung des Juristentages von 1872 wies jedoch die Gegner des Schwurgerichts noch energisch zurück.

Auf dem 18. Juristentag zu Wiesbaden im Jahre 1886 sprach das Plenum¹⁶⁴ schon den Schöffengerichten sein Vertrauen aus; das schwurgerichtliche Verfahren sei "dringend reformbedürftig". Olshausen behauptete in seinem Gutachten,¹⁶⁵ die Teilung der Funktionen zwischen Geschworenen und Berufsrichtern sei "unerträglich".¹⁶⁶ Der damit zusammenhängende Formalismus der Fragestellung führe bei den Geschworenen häufig zu Verwirrung und verursache daher nicht selten fehlerhafte "Wahrsprüche".¹⁶⁷ Die im Gerichtssaal und im Beratungsraum auf sich allein gestellten Geschworenen seien verschiedenen unsachlichen Einflüssen ausgesetzt, wie etwa den rhetorischen Künsten des Anklägers und des Verteidigers, ihren Sympathien und Antipathien gegenüber Angeklagten, Zeugen und Gerichtspersonen sowie nicht zuletzt den in der Öffentlichkeit herrschenden Tendenzen und Vorurteilen. All diesen Einflüssen könnten die Geschworenen sich in der Regel nicht entziehen. Unzutreffende "Wahrsprüche" seien auch hier häufig die Folge.¹⁶⁸

Olshausen kam in seinem Gutachten zu dem Schluß:¹⁶⁹ "Die Schwurgerichte verdienen das ihnen noch entgegengebrachte Vertrauen nicht". Auch v. Gneist¹⁷⁰ sprach nicht mehr mit der alten Schärfe gegen das Schöffengericht und für das Schwurgericht. Er hielt die Ersetzung des Schwurgerichts durch ein großes Schöffengericht für nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

Auf dem 22. Juristentag im Jahre 1892 zu Augsburg äußerte sich Stenglein in seinem Gutachten¹⁷¹ ganz allgemein gegen das Laienelement in der Strafrechtspflege: "Schöffen schaden wenig, nützen gar nicht"; die Schwurgerichte müßten abgeschafft werden; nur sei das zur Zeit wegen der "Volksmeinung" noch nicht möglich. Selbst v. Gneist setzte sich jetzt für das Schöffengericht ein, obwohl er die Jury vorläufig noch beibehalten wollte. Der Gießener Strafrechtslehrer Frank dagegen empfahl in seinem Gutachten¹⁷² die sofortige Abschaffung des Schwurgerichts und die Einführung des Schöffensystems für alle Strafgerichte erster Instanz. Frank wies darauf hin, daß gewichtige Gründe für eine einheitliche Verfassung aller Strafgerichte sprächen. Die Kombination des Schwurgerichts mit anderen Formen des Strafgerichts bringe einen unheilvollen Dualismus in die Strafrechtspflege.¹⁷³ Lehre und Rechtsprechung hätten

¹⁶⁴ Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 426.

¹⁶⁵ Gutachten über die Frage: Haben sich die Vorschriften des GVG bezüglich der Zuziehung von Laien in Strafsachen in der Praxis bewährt? (Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, 1. Bd., S. 254 ff.).

¹⁶⁶ GUTACHTEN: *Vorschriften des GVG*. S. 257.

¹⁶⁷ GUTACHTEN: *Vorschriften des GVG*. S. 261.

¹⁶⁸ GUTACHTEN: *Vorschriften des GVG*. S. 264 f.

¹⁶⁹ Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 272.

¹⁷⁰ Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 399 ff.

¹⁷¹ Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich die Durchführung des Systems der Schöffengerichte durch die gesamte erstinstanzliche Strafgerichtsverfassung? (Verhandlungen des 22. Dt. Juristentages, 1. Bd., S. 108 ff.).

¹⁷² Verhandlungen des 22. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 1 ff. (1892).

¹⁷³ Verhandlungen des 22. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 8.

Begriffe wie "Vorsatz", "Absicht", "Urkunde", "Gewahrsam", "Gewalt", unendlich fein ausgestaltet. Diese Ausgestaltung käme jedoch bei der Rechtsfindung durch Geschworene so gut wie nicht zur Anwendung. Wenn man aber im Bereich der Rechtsprechung durch Geschworene auf die juristische Denk- und Arbeitsweise grundsätzlich verzichte, ihr im Bereich der Rechtsprechung durch Berufsrichter dagegen die breiteste Entfaltungsmöglichkeit gebe, dann sei das widersinnig und für die Strafrechtspflege höchst abträglich. Die notwendige einheitliche Verfassung der Strafgerichte könne nur durch Abschaffung des Schwurgerichts herbeigeführt werden.

Trotz dieser Argumente Franks und entgegen der starken Tendenz, die auf Abschaffung der Jury gerichtet war, stimmte das Plenum des 22. Juristentages noch für Beibehaltung des Schwurgerichts. Ausschlaggebend hierfür war freilich, daß die süddeutsche Öffentlichkeit, die seit Jahrzehnten ihre besondere Wertschätzung gegenüber der Institution des Schwurgerichts zum Ausdruck gebracht hatte – vor allem am Tagungsort Augsburg –, für die Abschaffungstendenzen keinerlei Verständnis zeigte.

Wie sehr gerade in Süddeutschland das Schwurgericht als unantastbar galt, geht aus einem zeitgenössischen Bericht¹⁷⁴ hervor, in dem die Schwurgerichte als eine "unberührbare Sache in der politischen Ästimation" bezeichnet werden. In dem Bericht wird folgende Begebenheit geschildert: Als bei der Beratung des bayerischen Justizetats im Jahre 1902 ein Abgeordneter, der von Beruf Richter war, nur theoretisch anregte, daß an die Stelle von Schwurgerichten Schöffengerichte gesetzt werden könnten, hätte man ihm von anderer Seite sofort erwidert, es sei bedauerlich, daß ein süddeutscher Richter ein Wort gegen die Schwurgerichte spräche.

2. Die Schwurgerichtsfrage im Schrifttum

Die auf den Juristentagen vorgetragenen Angriffe gegen das Schwurgericht wurden zur damaligen Zeit ständig im Schrifttum wiederholt.¹⁷⁵ Allerdings fanden sich auch immer wieder Fürsprecher des Schwurgerichts. So trat z. B. der konservative Abgeordnete Boehmer, der Vater des bekannten Rechtslehrers Gustav Boehmer, in der Sitzung des Preußischen Abgeordnetenhauses vom 5. Februar 1910¹⁷⁶ für das Schwurgericht ein, dessen Formen er freilich "etwas geändert" wissen wollte. Ein starkes Engagement für das Schwurgericht fand sich auch in den Reihen der Rechtsanwaltschaft.¹⁷⁷

Alle diese Stellungnahmen für und gegen die Institution des Schwurgerichts erschöpften sich jedoch zumeist in der Wiederholung bereits bekannter Argumente. Wolfgang Mittermaier, wie schon erwähnt ein Anhänger des Schwurgerichts-

¹⁷⁴ MEYER, KARL: *Aus unserer Strafrechtspflege*. München 1902, S. 465.

¹⁷⁵ Vgl. z. B. WACH: *Schöffen oder Geschworene*, in: Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 86; GROß: *Handbuch für Untersuchungsrichter*, 4. Aufl., 1904, S. 48; WACHENFELD, F.: *Das Schwurgericht*, in: Reform des Strafprozesses. Kritische Besprechungen der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge, herausgegeben von P.F. Aschrott, Berlin 1906, S. 18 ff.

¹⁷⁶ Verhandlungen des Preußischen Abgeordnetenhauses, 21. Legislaturperiode, III. Session, 1910, S. 174.

¹⁷⁷ Vgl. z. B. die Schrift des Frankfurter Advokaten MAYER, SAMUEL: *Geschworenengerichte und Schöffengerichte*. Frankfurt 1872, und des Berliner Rechtsanwalts Friedmann, Über die Schwurgerichte (o. J., etwa 1891).

gedankens, hat später darauf hingewiesen,¹⁷⁸ daß in den drei Jahrzehnten nach der einheitlicher Einführung des Schwurgerichts im Deutschen Reich, abgesehen von kleineren Studien¹⁷⁹, keine in die Tiefe gehende Arbeit über die Fragen des Schwurgerichts vorgelegt worden sei.

Das Abflauen der Begeisterung für das Schwurgericht in Juristenkreisen¹⁸⁰ hatte wohl verschiedene Gründe: Richter und Staatsanwälte empfanden häufig das Schwurgerichtsverfahren als langwierig und umständlich und somit als eine unangemessene, nicht zu rechtfertigende Erschwerung ihrer Aufgaben.¹⁸¹ Es mag psychologisch verständlich sein, wenn ein Berufsrichter, dem der Kern strafrichterlicher Tätigkeit – die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten – aus der Hand genommen wird, um ihn Laien anzuvertrauen, diesem Verfahren keine Anerkennung zollt. Hinzukommt, daß die Einschränkung seiner Tätigkeit unter geschichtlichem Aspekt aus Mißtrauen gegen die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit geschehen war. Überzeugend ist diese Einstellung allerdings nicht, wie ein Blick auf die englische Praxis beweist. Dort empfindet der Berufsrichter die Zusammenarbeit mit den Geschworenen keineswegs als Beeinträchtigung.

Vor allem – so wurde weiterhin von seiten vieler Juristen eingewandt¹⁸² – sei mit der Einführung des mündlichen, öffentlichen und akkusatorischen Strafverfahrens die an eine fortschrittliche, demokratische Strafrechtspflege zu stellenden Hauptforderungen schon erfüllt. Die mit dem "reformierten Strafprozeß" verbundene Hinzuziehung von Laienrichtern könne somit als überflüssig angesehen werden.

In der Richterschaft wurde auch mit immer stärkerem Nachdruck die Ansicht vertreten, daß der Einsatz von Geschworenen die Hauptursache von Fehlurteilen sei.¹⁸³ Der durch seine Sammlung von Justizirrtümern bekannt gewordene Amtsgerichtsrat Albert Hellwig führte hierzu aus:¹⁸⁴

"Ich halte es für sehr bedauerlich, gerade auch von dem Problem des Justizirrtums aus, daß das liberale Schlagwort von dem Laienrichter immer noch eine derartige Massensuggestion ausübt, daß es nicht einmal gelingt, das unglückselige Gebilde des Schwurgerichts, dessen geradezu pathologischen Charakter fast alle Sachkenner zugeben, zu beseitigen. Es sind Anzeichen dafür vorhanden, daß gerade das Volk an dem Schwurgericht nicht mit solcher Zähigkeit festhält, wie es von gewisser Seite im Parlament und in der Presse behauptet wird."

¹⁷⁸ MITTERMAIER, W.: a.a.O., S. 2.

¹⁷⁹ W. Mittermaier führt als solche an: CORDES, A.: *Die Reform der Schwurgerichte*. 2. Aufl., Bremen 1895; ÖHLER: *Schwurgericht und Schöffengerichte*. Beitrag zur historischen Entwicklung und gegenwärtigen Bedeutung, 1896; v. WEINRICH, ALFRED: *Beamte und nichtbeamtete Strafrichter in Frankreich und Deutschland*. Ein Beitrag zur Lösung der Juryfrage, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 15. Bd. (1895), S. 505; WACH: a.a.O., S. 81.

¹⁸⁰ Groß (Handbuch für Untersuchungsrichter, 4. Aufl., 1904, S. 48) vertrat damals die Ansicht, daß "90 % aller praktischen Juristen und ein sehr großer Teil des gebildeten Publikums sich über den Unwert und die unabsehbare Gefahr des Geschworeneninstituts" klar seien.

¹⁸¹ Vgl. z. B. die Äußerungen von Reichsgerichtsrat Stenglein auf dem Juristentag im Jahre 1892 (Verhandlungen des 22. Dt. Juristentages, 1. Bd., S. 110 ff.)

¹⁸² Vgl. z. B. STENGLEIN: a. a. O., S. 114; FRANK: *Verhandlungen des 22. Dt. Juristentages* (1892), 2. Bd., S. 9.

¹⁸³ Vgl. z. B. die Ausführungen des Landgerichtsdirektors Olshausen sowie des Oberamtsrichters Süpfle auf dem 18. Dt. Juristentag im Jahre 1886 (Verhandlungen, 1. Bd. S. 262 ff., 2. Bd., S. 258); ferner LGdir. WEINGART: *Das Schwurgerichtsproblem* (1905), S. 727, m. w. Nachw.

¹⁸⁴ HELLWIG, ALBERT: *Justizirrtümer*. Minden/Westfalen 1914, S. 81 f.

3. Die politischen Reformansätze

Die Abwertung, die das Schwurgericht in der Meinung vieler Juristen erfahren hatte, trat auch in den Justizministerien der Länder und im Reichsjustizamt hervor. Alle in diesen Gremien entworfenen Gesetzesvorlagen – auf die im einzelnen noch einzugehen ist – sahen entweder eine Reduzierung der Organisation und Zuständigkeit des Schwurgerichts oder seinen gänzlichen Wegfall vor. Auch in den Justizministerien war offenbar der Gedanke maßgebend, daß mit der Konsolidierung der liberalen Verhältnisse in Deutschland das "Bollwerk bürgerlicher Freiheit" zum Ballast geworden war.¹⁸⁵

Die Reichsregierung hat trotz ihrer grundsätzlich ablehnenden Haltung zum Schwurgericht seit dem Erlass der Reichsjustizgesetze und der damit verbundenen Einführung dieser Gerichtsform nur einen einzigen Versuch unternommen, das 1877 geschaffene GVG insoweit zu ändern: Am 8. März 1885 legte sie dem Bundesrat einen Gesetzentwurf vor, der vom Bundesrat am 9. Juni 1885 an den Reichstag weitergeleitet wurde.¹⁸⁶ Der Entwurf sah vor, die Zahl der Geschworenen auf sieben herabzusetzen und die Zuständigkeit des Schwurgerichts einzuengen. Die Zuständigkeit für schwierig zu beurteilende Delikte wie Meineid, betrügerischer Bankrott, Urkundenfälschung u. a. sollte auf die Strafkammern übergehen. Durch die Verringerung der Zahl der Geschworenen glaubten Regierung und Bundesrat, eine strengere Auswahl und damit die Gewinnung von Geschworenen zu erreichen, "welche nach Charakter und Intelligenz zu diesem Amte geeignet" seien.¹⁸⁷ Der Reformversuch blieb erfolglos: der Schluß der Sitzungsperiode des Reichstages verhinderte die parlamentarische Beratung der Gesetzesvorlage.¹⁸⁸

Der Bundesrat legte am 6. Dezember 1894 dem Reichstag erneut den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GVG und der StPO vor.¹⁸⁹ Hierin wurden hinsichtlich der Laienbeteiligung am Strafverfahren die gleichen Vorschläge gemacht, wie in der Vorlage von 1885. Über jene Vorlage hinausgehend schlug der Bundesrat vor, im Schwurgerichtsverfahren eine erweiterte Form des sog. *Résumés* einzuführen: anstelle der bloßen Rechtsbelehrung sollte der Vorsitzende den Geschworenen, ähnlich wie in England, eine Übersicht über die Ergebnisse der Verhandlung geben. Wegen des Ablaufs der Legislaturperiode konnten die Beratungen auch diesmal zu keinem Abschluß gebracht werden.¹⁹⁰

Im Jahre 1902 ersuchte der Reichstag auf Antrag des Abgeordneten Rintelen (Zentrum) die Reichsregierung um die baldige Vorlegung einer Novelle zum GVG und zur StPO.¹⁹¹ Dabei wünschte der Reichstag vor allem die durchgängige Zuziehung von Laien in der ersten und in der Berufungsinstanz der Strafgerichtsbarkeit. Um nicht

¹⁸⁵ Vgl. hierzu FRANK: *Verhandlungen des 22. Dt. Juristentages* (1892), 2. Bd., S. 9.

¹⁸⁶ Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung (Drucksache Nr. 399 der 6. Legislaturperiode, I. Session 1884/85).

¹⁸⁷ Motive des Entwurfes, a. a. O., S. 16.

¹⁸⁸ Vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 128.

¹⁸⁹ Entwurf eines Gesetzes betreffs Änderungen und Ergänzungen des GVG und der StPO nebst Begründung (veröffentlicht 1895).

¹⁹⁰ Vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 129.

¹⁹¹ Beschluß des Reichstages vom 19. April 1902 (Stenogr. Berichte, S. 4934).

wieder einen Fehlschlag hinnehmen zu müssen, leitete die Regierung diesmal eine umfassende Reform ein. Im Jahre 1903 setzte das Reichsjustizamt eine Kommission ein mit dem Auftrag, zu einer Reihe von grundlegenden Fragen der Strafgerichtsverfassung und des Strafverfahrens Stellung zu nehmen.¹⁹²

Diese sog. Reformkommission veröffentlichte die Ergebnisse ihrer zweijährigen Beratungen in einem Bericht.¹⁹³ Sie befürwortete in erster Linie eine völlige Umgestaltung der Gerichtsorganisation. Die Kommission ging davon aus, daß die Mitwirkung von Laien bei der Strafrechtspflege sich zwar empfehle, daß hierzu aber nur die Form der Schöffengerichte geeignet sei. Sie schlug daher vor, die Schwurgerichte zu beseitigen und drei verschiedene Arten von Schöffengerichten erster Instanz einzuführen. Gegen die Urteile dieser Gerichte sollte die Berufung an ein gleichfalls mit Schöffen besetztes Berufungsgericht zulässig sein.¹⁹⁴ Der Vorschlag der Reformkommission, die Schwurgerichte zu beseitigen, rief starken Widerspruch in der Öffentlichkeit hervor.¹⁹⁵ Der Vorschlag wurde auch von der Presse heftig angegriffen.¹⁹⁶

Sogar aus den Reihen der Strafrechtslehrer, die zu jener Zeit das Schwurgericht überwiegend ablehnten,¹⁹⁷ wurde Kritik vorgebracht. Ein herausragendes Beispiel hierfür ist eine Schrift Franz v. Liszts.¹⁹⁸ Sie enthält eine wahre "Apologie" des Schwurgerichts und bringt Vorschläge zur Verbesserung des schwurgerichtlichen Verfahrens. Einige Gedanken Franz v. Liszts¹⁹⁹ seien hier wiedergegeben:

V. Liszt hebt zunächst hervor, daß geschichtlich-politische Einflüsse sich auf die Entwicklung der Schwurgerichtbarkeit stärker ausgewirkt hätten als technisch-juristische Erwägungen. Er führt hierzu aus: "Das Schwurgericht, wie wir es heute im Deutschen Reich haben, ist, mit allen seinen Vorzügen und allen seinen Mängeln, nicht die willkürliche Erfindung irgendeiner legislativen Potenz, sondern das Ergebnis einer jahrhundertealten geschichtlich-politischen Entwicklung. Länger als ein halbes Jahrhundert hat nunmehr das Schwurgericht auf deutschem Boden bestanden; und es hat sich eingewurzelt."

In seiner Auseinandersetzung mit den Beschlüssen der Reformkommission räumt v. Liszt dann zwar ein, daß Organisation und Verfahren des Schwurgerichts nicht ohne Mängel seien. Er nennt als solche: das peremptorische Ablehnungsrecht; die Teilung des Gerichts in zwei getrennte Organe; die komplizierte Fragestellung, die unzulängliche Rechtsbelehrung sowie den nicht mit Gründen versehenen Wahrspruch.

¹⁹² Die Kommission bestand aus zwei Universitätslehrern, zehn Richtern, vier Staatsanwälten und fünf Rechtsanwälten; sechs von den Mitgliedern gehörten gleichzeitig dem Reichstag an. (Vgl. Amtliche Begründung des Entwurfs einer StPO und Novelle zum GVG, 1909, S.140; sowie KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 132).

¹⁹³ Protokolle und Beschlüsse der Kommission für die Reform des Strafprozesses, herausgegeben vom Reichsjustizamt (zwei Bände, Berlin 1905)

¹⁹⁴ Vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S.132.

¹⁹⁵ Im Reichstag sprach man sich nachdrücklich (z. B. die Abgeordneten Dove, Bruhn, Ablaß) für die Beibehaltung des Schwurgerichts aus. (Vgl. WEINGART: a. a. O., S. 726; KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*, S.132).

¹⁹⁶ Vgl. z. B. den Beitrag im "Tag", 1905, Nr. 606, von Kammergerichtsrat Havenstein, so wie die Ausführungen von DR. LEVY in der "Vossischen Zeitung" vom 6. Februar 1906.

¹⁹⁷ Vgl. WACHENFELD: a. a. O., S. 18: "Die Kommission hat mit ihrem Vorschlag, das Schwurgericht abzuschaffen, einen ihrer besten Beschlüsse gefaßt."

¹⁹⁸ V. LISZT, FRANZ: *Die Reform des Strafverfahrens*. Berlin 1906.

¹⁹⁹ V. LISZT: a.a.O., S.12 bis 16 und 18 f.

Diese Mängel seien aber keineswegs mit dem Wesen des Schwurgerichts untrennbar verbunden. Folgende Verbesserungsmöglichkeiten seien denkbar: Auf das peremptorische Ablehnungsrecht der Prozeßparteien könne ohne weiteres verzichtet werden. Bei rechtzeitiger Mitteilung der Spruchliste könne ein motiviertes Ablehnungsgesuch vor Beginn der Hauptverhandlung angebracht und erledigt sein. Schwieriger sei es, über die Teilung des Gerichtes in zwei getrennte Organe hinwegzukommen, ohne den Grundgedanken des Schwurgerichts selbst preiszugeben. Das geltende Recht habe die Verbindung zwischen Richterbank und Geschworenenbank hauptsächlich durch zwei Einrichtungen herzustellen versucht: die Fragestellung einerseits, die Rechtsbelehrung andererseits. Beide Einrichtungen seien zwar unvollkommen, aber durchaus verbesserungsfähig.

Franz v. Liszt weist darauf hin, daß in dieser Beziehung die Hauptverhandlung sich anders gestalten würde, wenn vor Eintritt in die Beweisaufnahme die von der Anklage behaupteten Tatsachen und ihre rechtliche Bedeutung den Geschworenen klargemacht würden. Worin das den Mord vom Totschlag unterscheidende Merkmal der Überlegung besteht und aus welchen Tatsachen die Anklage das Vorliegen dieses Merkmals ableitet, das müßten – so betont v. Liszt – die Geschworenen wissen, ehe die Beweisaufnahme beginnt. Dann würden sie ihr auch mit Verständnis folgen. Im übrigen ließ sich eine Teilnahme der Geschworenen auch an der Strafzumessung ohne große Schwierigkeiten durchführen.

Zu bedenken bleibe noch, wie die Beratung und Abstimmung der Geschworenen, die dem Einfluß der Richterbank völlig entzogen sei, verbessert werden könne. Hierzu bemerkt v. Liszt: "Die starren Anhänger des Schwurgerichts sehen darin seinen besonderen Vorzug. Es muß auch zugegeben werden, daß die im Volke lebenden ethischen Werturteile, die ja gerade durch die Zuziehung von nichtbeamteten Richtern zur Geltung gebracht werden sollen, im Schöffengericht leicht durch die formaljuristische Auffassung des vorsitzenden Richters beeinflusst werden können, während sie in der getrennten Beratung und Abstimmung der Geschworenenbank in voller Selbständigkeit zutage zu treten Gelegenheit haben. Ich gehe allerdings nicht so weit. In der Leitung der Beratung wie der Abstimmung durch einen beamteten Richter würde ich eine Verbesserung des Verfahrens erblicken. Als solcher Leiter wäre mir auch der Schwurgerichtspräsident annehmbar, vorausgesetzt, daß die Hauptverhandlung ihrer inquisitorischen Elemente entkleidet wird."

Zu dem Bedenken, daß der Wahrspruch der Geschworenen nicht mit Gründen versehen sei, sich also insoweit der Nachprüfung entziehe, führt v. Liszt aus, daß dies zwar ein Mangel sei, der sich aber beseitigen lasse. Teilweise könne das schon dadurch geschehen, daß gegen eine unrichtige Rechtsbelehrung des Vorsitzenden die Revision gestattet werde; ferner dadurch, daß Tatumstände, deren Subsumtion unter das Gesetz zweifelhaft sei, in die Frage ausdrücklich aufgenommen würden.

Zur Frage der Begründung des Wahrspruches erklärt v. Liszt abschließend: "Ich gehe aber noch weiter. Ich behaupte, daß die Geschworenen, selbst ohne juristische Leitung, sehr wohl imstande sein würden, ihren Wahrspruch zu begründen. Oder sollte wirklich nur der staatlich angestellte Jurist sich über die Gründe klar zu werden vermögen, die ihn zu einer Entscheidung bestimmt haben?"

Wohl nicht zuletzt aufgrund der Ausführungen Franz v. Liszts sowie auf das Drängen des Reichstages hin überarbeitete das Reichsjustizamt die Reformfragen von

neuem. In seinem Gesetzentwurf aus dem Jahre 1908²⁰⁰ wurde der Forderung des Reichstages, die Schwurgerichte beizubehalten, entsprochen "mit Rücksicht auf das Vertrauen, welches sie bei der Bevölkerung genießen". Darüber hinaus sah der Gesetzentwurf eine finanzielle Entschädigung für Schöffen und Geschworene vor. Der Bundesrat schloß sich dem Entwurf an. Am 26. März 1909 wurde der Gesetzentwurf dem Reichstag vorgelegt. Er konnte jedoch bis zum Ersten Weltkrieg nicht mehr verabschiedet werden.²⁰¹

Lediglich die vorgeschlagene Entschädigung der Schöffen und Geschworenen wurde im Jahre 1913 noch gesetzlich festgelegt.²⁰² Der Gedanke, der hierbei den Ausschlag gab, ist bezeichnend für den damaligen Demokratisierungsprozeß der Gesetzgebung auch auf dem Gebiete des Strafverfahrensrechts. Bei Schaffung des GVG nach Gründung des Deutschen Reiches war das Laienrichteramt als ein Ehrenamt gedacht, bei dem gerade das Fehlen einer Entschädigung dazu führen sollte, daß nur vermögende, wirtschaftlich unabhängige Männer dieses Amt übernahmen. Dieser Gedanke wurde jetzt durch die Erwägung verdrängt, daß möglichst weite Kreise der Bevölkerung an der Rechtspflege teilnehmen sollten. Den Schöffen und Geschworenen wurde nunmehr für jeden Tag der Dienstleistung ein Tagegeld in Höhe von fünf Mark gewährt.

Erst weitere zehn Jahre der Umwälzung mußten vergehen, ehe das "Gesetz über die Entschädigung der Schöffen, Geschworenen und Vertrauenspersonen" vom 4. Juli 1922²⁰³ statt des pauschalen Tagegeldes von fünf Mark eine angemessene Entschädigung für Verdienstausschlag und Ersatz der Kosten für eine notwendige Vertretung sicherstellte.

HELMUT KLAERE

A NÉMET ESKÜDTSZÉKEK 1848 UTÁN

(Összefoglalás)

A német szerző egy olyan jogintézmény fejlődéstörténetéből ragadott ki egy részt és mutat be, amely sok tekintetben mindmáig vitatott, és nem kis mértékben hatással van a magyar fejlődésre is. Az esküdtbíráskodás, mint az ún. laikus bíráskodás intézményesült formája, nagy hagyományokkal rendelkezik Európában, de kiváltképpen Angliában (és az angolszász joggal „megfertőzött“ területeken). Alkalmazásának

²⁰⁰ Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, Amtliche Ausgabe 1908. – Vgl. dazu LIEPMANN, PAUL: *Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform*. Berlin 1909, insbesondere zur Ausgestaltung des Schwurgerichtsverfahrens: S. 2 und 13 ff.

²⁰¹ Vgl. KERN: *Gerichtsverfassungsrecht*. S.133.

²⁰² Gesetz betr. die Entschädigung der Schöffen und Geschworenen vom 29. Juli 1913 (RGBl. S. 617).

²⁰³ RGBl. S. 561.

és létének legfontosabb tétele az a felfogás, hogy az emberi társadalom konfliktushelyzeteinek megoldására képesnek kell lennie minden józan gondolkodású, nagykorú, speciális jogi tudással nem rendelkező személynek. Ezzel a felfogással élesen szemben áll az antik római jog emlőjén nevelkedett kontinentális jogi szemlélet, amely a bíraskodást szívesebben teszi le a tanult, képzett jogászok kezébe. Ez utóbbi megközelítés egyik jogtörténetileg is kiemelkedően jelentős terrénuma Németország, ahol 1848-ig az esküdtszékek bevezetésére nem került sor.

Változott a helyzet 1848 után, amikor a polgári átalakulás jegyében a perrend reformjára is sor került, és német földön is felállították az esküdtszékeket. Az esküdtszéki bíraskodás tulajdonképpen csak a weimari köztársaságig állott fenn; akkor megszűntették, illetve gyorsan elhalt, és feltámasztására máig is csupán elméleti kísérletek történtek.

A tanulmány szisztematikusan feldolgozza a szorosan vett esküdtszékek szinte teljes németországi jogtörténetét, a legfontosabb aspektusok mellett. Szól az esküdtszékek felállításának szabályairól, az eljárás rendjéről és a perorvoslati formákról. Részletesen szól az esküdtszékek működésének problémáiról, a manipulációs lehetőségekről. A császárkor idején zajló kritika és reformtörekvések felvázolása is helyet kap a dolgozatban, még hozzá széles horizonton: a jogelméleti irodalom bemutatása mellett a politikai szempontokról is olvashatunk.

A bírósági szervezeti reform és az az Országos Igazságszolgáltatási Tanács Magyarországon

I.

Bevezetés

A Magyar Népköztársaság Országgyűlése elfogadta és 1989. október 23-ával hatályba léptette az 1989:XXXI. törvényt, mely formáját tekintve az Alkotmányt módosító törvény, tartalmilag azonban új alkotmánynak tekinthető.

A módosítást követően Alkotmányunk 1. §-a a köztársasági államformát rögzíti, míg a 2. § a Magyar Köztársaságot független, demokratikus jogállamként határozza meg.

A jogállamiság követelménye – amint azt az Alkotmánybíróság több határozatában is kifejtette –, hogy az államszervezet a hatalommegosztás elvére épüljön, mely a magyar államszervezet legfontosabb szervezeti és működési alapelve. Ennek egyik alapeleme a független és önálló bírói hatalom megteremtése.

Az igazságszolgáltatás alapvető feladatainak – jogviták eldöntése, jogsérelem megállapítása, az egyedi közigazgatási határozatok felülvizsgálatán keresztül a végrehajtó hatalom működésének törvényessége feletti ellenőrzés – teljesítése céljából elengedhetetlen a bíróságok függetlensége. Másrészről az önálló és független bírói hatalom megteremtésének alapja az, hogy a bíróság, mint a szuverenitásból származó ítélkező funkció gyakorlója, a hatalom egy szeletének hordozója is. Közte és az államszervezet más intézményei között intézményesült kapcsolat áll fenn. Az egyes állami funkciókat a szabadság megvédeése, az önkényuralom megakadályozása céljából el kell választani egymástól. Ebben a konstellációban a törvényhozó és a végrehajtó hatalom között a bírói hatalom a „mérleg nyelve”, amely a két hatalmi ág között egyensúlyoz elkerülendő a hatalomkoncentrációt.

Az 1989-ben elfogadott alkotmánynovella azonban a bírói szervezettel foglalkozó X. Fejezetet alig módosította, az alkotmányos keretszabályokat kitöltő 1972:IV. törvényben (a továbbiakban: Bsz.) is csak a legfontosabb módosításokat végezték el.¹

Lényegileg változatlan maradt az igazságügy-miniszternek a bíróságok külső igazgatásával és a bíró kinevezésével kapcsolatos hatásköre, bár tény, hogy az ún. általános felügyeleti jogköre de facto 1989. január 1-vel, de jure 1990. január 1-vel megszűnt. Az

¹ A köztársasági államforma bevezetésével a bíró kinevezésének joga a köztársasági elnök kezébe került Rögzítették a bírák párttagságának tilalmát, megszüntették a Legfelsőbb Bíróság elnökének az országgyűlés felé fennálló politikai felelősségét, megteremtették a közigazgatási bíráskodás alapjait. A Bsz.-nek az Alkotmány módosítása folytán szükségessé vált módosítását az 1989:XLII. törvény végezte el.

igazságügyi (külső) igazgatás területén az igazságügy-miniszter jogait később az 1991:LXVII. törvény korlátozta azzal, hogy az igazgatásban a bírói önkormányzati szervezeteknek (megyei összbírói értekezletek, kollégiumok, megyei bírói tanácsok, Országos Bírói Tanács) is teret engedett.

Mindezen változtatások ellenére is elmondható azonban, hogy a bíróságok működése nem felelt meg az Alkotmány 50. § (1) bekezdésben foglaltaknak. A bíróságok leterheltsége jelentős mértékben nőtt, melynek következményeként a büntető ítélkezésben az időszűrés követelményének és ezzel összefüggésben a büntetési célok megfelelő érvényre juttatásának nem lehetett eleget tenni, a civiljogi bírászkodás területén pedig a megoldatlan emberi konfliktusok továbbélése mellett olyan anomáliákkal találkozhatunk, mint például az önbírászkodás és a pénzbehajtás.

Tagadhatatlan hogy ennek bizonyos, jogon kívüli okokon (pl. társadalmi magatartás kontroll hiánya, az életviszonyok diverzifikálódása) túl az elavult szervezeti struktúra (kettéosztott bírósági szervezet, bírósági vezetők igazságügy-minisztertől való személyi függése stb.) és a bíró személyében rejlő egyéb okok (pl. bírói korhatár alacsony volta, bíróképzés elavultsága, enyhe feltételek a bíróvá válásnál) alapját képezték.²

Ennek okán a rendszerváltást követően szinte folyamatosan az alkotmányjogi viták keretében állt az igazságszolgáltatásra vonatkozó joganyag reformja, mely az 1997:LIX. törvénnyel végrehajtott alkotmánymódosításban és az 1997:LXV – LXXIII. törvényekben öltött jogszabályi testet.³

II.

Az igazságszolgáltatási reform

A megvalósult igazságügyi reform a joganyagban a korábbiakhoz képest lényegi változásokat hozott.

Az alkotmány módosításáról szóló 1997:LIX. törvény elfogadásával alkotmányos szabályozást nyert a négy szintű bírósági szervezeti rendszer, a munkaügyi bíróság külön bírósági jellege, valamint az, hogy a bíróságok igazgatása az erre a célra létrehozott Országos Igazságszolgáltatási Tanács (a továbbiakban: OIT) feladata a bírói önkormányzati szervek közreműködése mellett.⁴ A bírósági szervezet módosulásával a Legfelsőbb Bíróság ítélkező funkciója ellátásával kapcsolatos munkaterhe lényegesen csökkenne, így lehetőség nyílna a jogegységi funkciója maradéktalan ellátására. A jogalkalmazás egységét ellátó új jogintézmény, az ún. jogegységi eljárás, mely megoldás egyben visszatérést jelent a magyar jogfejlődés hagyományaihoz. A Legfelsőbb Bíróság jogegységi határozatai elősegítik a felmerült vitás elvi kérdések megválaszolását és a 47. § (2) bekezdése értelmében a bíróságok kötelezőek.

² Lásd részletesebben dr. ILONCZAI ZSOLT: *A bírósági szervezeti reform szükségességéről és annak elemeiről*. Magyar Jog 1992/12. sz. 738–748. p.

³ A négy szintű bírósági szervezeti rendszer bevezetéséről rendelkező 1997:LXIX. törvényt utóbb hatályon kívül helyezték és a táblabírók felállítását elhalasztották annak ellenére, hogy azt mind az Alkotmány, mind a Bszi. rögzíti.

⁴ A jogorvoslati fórumként működő ítélőtáblák felállítása lehetővé tenné a helyi bíróságok és a megyei bíróságok közötti célszerűbb munkamegosztást. A hatáskör átrendezését a polgári perrendtartás és a büntető eljárás módosításával lehetne elérni.

Az alapelvek szintjén a 57. § (5) bekezdésének újraszövegezésével a jogorvoslati jogosultság kétharmados törvénnyel történő korlátozására nyílt meg a lehetőség a jogviták ésszerű időn belüli elbírálása érdekében, azzal arányosan. A korábbi 46. § kibővült. Az (1) bekezdés most már önállóan tartalmazza a társasbíráskodás alapelvét, fenntartva továbbra is a lehetőséget a törvény általi korlátozásra.⁵ A (2) bekezdés a néprésztétel alapelvét immár nem főszabályként határozza meg azáltal, hogy megfogalmazása szerint „a törvény által meghatározott ügyekben és módon nem hivatásos bírák is részt vesznek az ítélezésben”. Régi igény teljesült a (3) bekezdés beiktatásával, hiszen alkotmányos szintű megfogalmazást nyert, hogy egyesbíróként és a tanács elnökeként csak hivatásos bíró járhat el.

A jogalkotó a korábbi bíróságokra vonatkozó szabályozással formáját tekintve is szakított akkor mikor külön törvényben rendezte a bírósági szervezetre, a bírák jogállására és az igazságügyi alkalmazottak jogállására vonatkozó szabályokat.

Az 1997:LXVI. törvény a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról (a továbbiakban: Bszi.) a szervezet reformja terén három kérdésben hozott lényegi változást. A Legfelsőbb Bíróság különállásának megszüntetésével egy egységes belső szervezetet hozott létre, biztosította a bírói szervezet számára a saját költségvetést azzal, hogy az Igazságügyi Minisztérium költségvetési fejezetéből történt kivétellel a bíróságok költségvetését önálló fejezettel tette és önálló független igazgatási rendszert teremtett meg.

A törvény 11. §-ában a törvényes bíróhoz való jogot alapelvként deklarálta, a jogviták ésszerű határidőn belüli elbírálását a bíróságok kötelezettségévé tette.

A bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló 1997:LXVII. törvény (a továbbiakban: Bjj.) személyi hatálya a bírákra terjed ki, hiszen a szorosan értelmezett igazságszolgáltatási tevékenységet, azaz az ítélezést ők gyakorolják. Jogállásukat és munkavégzésüket minden tekintetben a bírói függetlenség és pártatlanság követelménye határozza meg és hatja át. Ez a sajátos személyi függetlenség különbözteti meg az igazságszolgáltatás más alanyaitól, valamint a bírói szervezetben működő jogi és nem jogi személyektől és indokolja önálló törvény megalkotását. Az új rendelkezések jelentősen szigorították a bíróvá válás feltételeit, bevezették az első, határozott idejű bírói kinevezést, általánossá vált a bírói állások betöltése tekintetében a pályázati rendszer és meghatározták a pályázatok elbírálásának rendjét. A törvény II. Fejezete taglalja a bíró jogait és kötelezettségeit, a korábbiakhoz képest részletezve, pontosítva és kibővítve a kötelezettségek katalógusát. A bíró munkájának értékelése tekintetében – szakítva a korábbi egyszeri, 3 év utáni bíróvizsgálat gyakorlatával – az első kinevezést követő 15 évi időtartamra háromszor kötelezettségként írja elő a szakmai kontrollt. Soron kívül kell értékelní a bíró munkáját akkor, ha szakmai alkalmasságának kérdése merül fel. A jogszabály új alapokra helyezi az előmeneteli és javadalmazási rendszert, a bírák illetményalapját a köztisztviselőkétől függetlenül határozza meg, ezzel is erősítve a végrehajtó hatalomtól való függetlenséget. A törvény rendelkezik az ítélezésben részt vevő ülnökök jogállásáról és javadalmazásáról ítélező tevékenységükkel összefüggésben.

Az igazságügyi alkalmazottak szolgálati viszonyáról szóló 1997:LXVIII. törvény (a továbbiakban: Iasz) személyi hatálya a bírósági fogalmazóra és a bírósági titkárra, az igazságügyi szakértőre és szakértőjelöltre, a tisztviselőre, az ügykezelőre és a fizikai dol-

⁵ Az eljárási törvények sorozatos módosításával az első fokú eljárásban mind a büntető, mind pedig a polgári ítélezésben egyre nagyobb teret nyer az egyesbírói eljárás.

gozóra terjed ki. A törvény részletesen taglalja az igazságügyi alkalmazottá válás szakmai és egyéb feltételeit, szigorú összeférhetetlenségi szabályokat állít fel, részletes katalógusban sorolja fel a jogokat és kötelezettségeket, rendelkezik az igazságügyi alkalmazottak rendszeres szakmai értékeléséről. Az előmeneteli és javadalmazási rendszert a Bjj-hez hasonlóan elválasztotta a köztisztviselőitől.

E rövid bevezetőből is látható, hogy az igazságszolgáltatási reform minden elemének részletes bemutatása a hatályba lépéstől a dolgozat megírásáig eltelt időszak tapasztalatainak értékelése jelen tanulmány kereteit jóval meghaladja, ezért erre nem is vállalkozunk. Célunk a bírósági szervezet függetlenségét érintő jogszabályi változások okainak feltárása, az új jogintézmények és eddigi működésük bemutatása, különös tekintettel a bírósági igazgatást érintő területekre.

III.

A bíróságok külső igazgatása, az Országos Igazságszolgáltatási Tanács (OIT)

1. Az OIT felállításának indokai

A jogállami igazságszolgáltatás megteremtését célul tűző reform megalkotóit a szervezeti függetlenség terén a korábbi államszervezési elképzelésekkel való szakítás, a hatalommegosztás elve érvényesítésének alap gondolata vezérelte. Az állami szuverenitás részét képező ítélkezési tevékenységet végző szervezetet be kellett építeni a többi államhatalmi szerv közé, szabályozni kellett kapcsolatát a többi intézménnyel. Szervezetsszociológiailag az önállóság kritériumai: az egységes belső struktúra, a saját költségvetés és a független irányítási rendszer. A reform kidolgozásakor a szervezeti függetlenség maradéktalan és tiszta érvényesülése érdekében ezért merült fel egy, a végrehajtó hatalomtól független, önálló, újonnan létrehozott igazgatási csúcsszerv felállításának a gondolata.

A részletes szabályok megalkotásakor a kodifikátorok a korábbi magyar alkotmányjogi hagyományokra nem igazán támaszkodhattak, hiszen már a Horváth Boldizsár igazságügy-miniszter által kidolgozott 1869:IV. törvény is az igazságügy-miniszternek biztosított kiemelkedő szerepet a bírák kinevezésében és a bíróságok igazgatásában.⁶ Ezért az igazgatási csúcsszerv megalkotásában a törvényalkotó számára a latin államok (elsősorban az olasz) megoldása szolgált mintául.

A bíróságok igazgatása a reform elfogadása előtt részben külső igazgatás volt, mivel abban a végrehajtó hatalom képviselője – az igazságügy-miniszter – a részére biztosított jogkörök gyakorlásával részt vett. Így őt illette az 1972:IV. törvény 59. § (1) bekezdése szerint a megyei bíróság elnökének, elnökhelyettesének, kollégiumvezetőjének, a fővárosi bíróság kollégiumvezető helyettesének, a Pesti Központi Kerületi Bíróság elnökének és elnökhelyettesének kinevezési joga és ellenük a 66. § b) pontja alapján fegyelmi eljárást is kezdeményezhetett.⁷ Az igazságügy-miniszter hatáskörébe tartozott a bíróságok működéséhez szükséges személyi és anyagi feltételek biztosítása, a bíróságok elnökei igazgatási tevékenységének ellenőrzése, a bírósági ügyvitel rendjének szabályozása [Bsz. 51. § (2)

⁶ Lásd pl. 1869:IV. törvény (3) §: „Az ítélőbírákat az igazságügy-miniszter ellenjegyzése mellett a király nevezi ki.”, valamint a 38/1993. (VI.11.) AB határozat indoklása.

⁷ Erre az 1990–94-es kormányzati ciklus alatt volt is példa egyes cégbírák amerikai útját engedélyező megyei bírósági elnökökkel szemben.

bek.] A bíró kinevezésére vonatkozó előterjesztést a köztársasági elnök felé szintén ő tette meg [Bsz. 53. § (2) bek.] A bíróságok költségvetése az Igazságügyi Minisztérium költségvetési fejezetén belül – ezen belül a bérköltség elkülönítve – szerepelt [Bsz. 53. § (3) bek.].

Kétségtelen, hogy az 1991:LXVIII. törvénnyel történt módosítást követően a miniszter e jogköreit csak korlátozottan gyakorolhatta. A bíró-kinevezési eljárásban ugyanis szükség volt a megyei bírói tanács egyetértésére, mely az újonnan felállított önkormányzati szervnek gyakorlatilag vétőjogot biztosított. Az Országos Bírói Tanács egyetértése kellett a bíróságok éves költségvetési tervének előterjesztéséhez, a bírósági költségvetésnek a megyei bíróságok közötti felosztásához, valamint a bér- és létszámfejlesztéseknek a megyei bíróságok közötti felosztásához. A bírósági vezetők kinevezése és a fegyelmi eljárás körében azonban a miniszter hatáskörét a módosítások nem korlátozták.

Az Alkotmánybíróság több határozatában – így az 53/1991. (X. 31.) AB határozat, a 38/1993. (VI. 11.) AB határozat, a 28/1995. (V. 19.) AB határozat – foglalkozott a bíróság és a végrehajtó hatalom viszonyával. A kialakult többségi álláspont szerint a fennálló rendszer a jogállami standardoknak megfelelő volt, azonban a – különösen a 38/1993. (VI. 11.) AB határozattal kapcsolatos – megfogalmazott különvélemények a bírósági vezetők és az igazságügy-miniszter közötti sajátos függőségi viszony kialakulása folytán a végrehajtó hatalomnak a bírói hatalomra történő befolyásolása veszélyét érzékeltették.

Ezen érvek mellett az Európai Unióhoz való csatlakozási törekvéseink miatti követelményekkel is indokolták az OIT felállítását támogatók az elképzeléseiket.

Az önálló igazgatási csúcsszerv gondolatát ellenzők álláspontja szerint ennek felállítását sem a magyar közjogi hagyományok, sem az uniós elvárások nem indokolják, hiszen az Európai Unió bizonyos tagállamaiban (pl. Németország) az igazságügy-miniszter ma is részt vesz az igazgatásban a bírósági függetlenség sérelme nélkül. Álláspontjuk szerint azáltal, hogy a bírói önkormányzati szervek részt vesznek – és mintegy vétőjoguk van – az igazgatásban, a bírói függetlenség nem sérül, a fennállt anomáliák megszüntetésére elég ezen testületek hatáskörének további szélesítése a végrehajtó hatalom képviselője hatáskörének rovására.

Nem elhanyagolható szempont továbbá az sem, hogy a függetlenséghez a gyakorlatban a megfelelő anyagi feltételek szükségesek. Márpedig a működéshez ezt a mindenkori költségvetés biztosítja, amit a Kormány előterjesztése alapján – végső soron a kormány-többség birtokában – az Országgyűlés fogad el. Márpedig az igazságügy-miniszter – mint a kormány tagja – az igazgatása alá tartozó bírói szervezet érdekeit hathatósabban képviselheti a költségvetési törvény előkészítéséért felelős szakminiszterrel szemben mint egy külső szerv.

A kialakult viták eredményeként az első álláspont híveinek érveit elfogadva a Magyar Köztársaság Országgyűlése 1997. július 8-i ülésnapján elfogadta az 1997:LXVI. törvényt, mely 1997. október 1-én lépett hatályba és 1997. december 1. napjával megkezdte működését az Országos Igazságszolgáltatási Tanács.

2. Az OIT összetétele, szervezeti felépítése; az OIT hivatala

Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács személyi összetételét tekintve egy 15 tagú testület, melynek 9 választott bíró tagja van, és elnöke a mindenkori Legfelsőbb Bíróság elnöke. Emellett azonban delegálással az Országgyűlés Alkotmány- és Igazságügyi Bi-

zottsága, valamint a Költségvetési és Pénzügyi Bizottsága egy-egy tagja, hivatalból az igazságügy-miniszter, a legfőbb ügyész és az Országos Ügyvédi Kamara elnöke is részt vesz a testület munkájában. Látható tehát, hogy a testületben – az elnököt is beszámítva – kétharmados bírói többség érvényesül aminek annyiban van jelentősége, hogy a határozatképességhez a tagok kétharmadának jelenléte, a határozat meghozatalához pedig egyszerű többség szükséges. A nem bíró tagok részvételének indoka, hogy a bíróságok igazgatásában az igazságszolgáltatás általános alkotmányos követelményeinek biztosítása, a bíróságok helyzetének folyamatos megismerése e módon biztosítható. Nem vitatható pl. az igazságügy-miniszter vagy a Költségvetési és Pénzügyi Bizottság országgyűlési képviselőjének tagsága egy olyan szervezetben melynek hatáskörébe tartozik a bírósági fejezetre vonatkozó költségvetési javaslat előkészítése és kormányhoz történő benyújtása; az igazságügy-miniszter és az Alkotmány- és Igazságügyi Bizottság delegáltjának tagsága, ha az OIT jogosult a bíróságok feladatkörét érintő jogszabály alkotásának kezdeményezésére és a bíróságot érintő jogszabályok tervezetének véleményezésére, de aligha lehet kétséges ezen szervezetben a legfőbb ügyész és az Országos Ügyvédi Kamara elnökének tagsága sem.

Más oldalról vizsgálva a Tanács összetételét, szembeötlő, hogy annak csak 9 választott tagja van, a maradék 6 tag közül 4 tisztségénél fogva, hivatalból, kettő pedig delegálás útján nyeri el mandátumát. A 9 bíró tag választása két lépcsőben történik. Először a megyei bíróságok és az Ítéletábra⁸ összbírói értekezletei és a Legfelsőbb Bíróság összbírói értekezlete a bírói létszám függvényében küldötteket választ, majd a küldöttekből álló küldöttértekezlet tagja közül megválasztja a 9 tagot és 9 póttagot.⁹

A megválasztott bírák névsorának áttanulmányozásából¹⁰ kitűnik, hogy a Tanácsban a Legfelsőbb Bíróságot választott bíró nem képviseli. Ennek oka az előbb említett választási rendszerben keresendő, hiszen a küldöttértekezlet összetételét az egyes megyei bíróságokon, illetve a Legfelsőbb Bíróságon dolgozó bírák számaránya szabja meg. Az 1999. szeptember 30-i aktuális létszámadatokat figyelembe véve¹¹ pedig megállapítható, hogy az országban betöltött 2292 bírói álláshelyből a Legfelsőbb Bíróság csupán 98 státusszal részesül, ennél fogva a küldöttértekezleten is kevés taggal képviseltethette magát, mely a választási esélyeket még akkor is jelentősen rontotta ha a Bszi átmeneti rendelkezései értelmében az újonnan felálló OIT tagjait választó küldöttértekezleten a Legfelsőbb Bíróság a 99. § (2) bekezdése szerint a bírói létszámtól függetlenül két küldöttel képviseltette magát és a tagok (póttagok) személyére a Legfelsőbb Bíróság elnöke és az igazságügy-miniszter előzetesen, valamint a küldöttértekezleten bármelyik tag utólagosan javaslatot tehetett [Bszi. 99. § (6) bekezdés]. Azonban a szavazólapra csak az kerülhetett fel jelöltként akit a jelenlévő küldöttek legalább egyharmada támogatott. Ekképpen tehát a Legfelsőbb Bíróság érdekeinek képviseletére jelenleg csak a Tanács hivatalbóli tagja, a Legfelsőbb Bíróság elnöke képes, aki azonban egyúttal az egész OIT elnöke is, így „kifelé” a bírói szervezet érdekeit kell hogy képviselje. Ennek fényében nem tűnik szerencsésnek az a megoldás, hogy a Legfelsőbb Bíróság elnöke hivatalból egyúttal az OIT elnöke is le-

⁸ Az ítéletábrák felállítását az 1999: CX. törvény 2003. január 1-re halasztotta el.

⁹ A választás módjának részletes szabályait a Bszi. 35–36. §-a, valamint a 39. § q) pontjában írt felhatalmazás alapján az OIT által elfogadott 1999. évi 1. sz. Szabályzat 1–6. §-ai tartalmazzák

¹⁰ Lásd Bírósági Közlöny 1999. évi 1. sz., 4. p.

¹¹ Lásd Bírósági Közlöny 1999. évi 10. sz., 13. p.

gyen. Szerencsésebbnek látszott volna az elnökválasztás jogát – a választott bírók közül – magára a Tanácsra bízni, ahogy az az elnökhelyettes választása esetén történik.

Megjegyzendő, hogy a bíró tagok választásának részletes szabályait a Bszi-ben kapott felhatalmazás alapján az 1999. évi 1. Szabályzat (az OIT Szervezeti és Működési Szabályzata, továbbiakban: SzMSz) rendezi.

A tényleges összetétel vizsgálatakor a másik kézenfekvő megállapítás, hogy a 9 bíró tag közül 4 megyei bírósági elnök, egy megyei bírósági kollégiumvezető, egy kollégiumvezető-helyettes, két megyei bírósági tanácselnök és egy városi bírósági elnök található, így tehát a választott tagok mindegyike a Bszi. 61. § – 68. § szerinti bírósági vezető. Ezen felül 5 tag (a 4 megyei bírósági elnök és a kollégiumvezető) kinevezési joga a Bszi. 40. § (2) bekezdése szerint az OIT kezében van, aki ezen személyek felett a Bjj. 62. § (1) bekezdés a) pontja értelmében a munkáltatói jogkör gyakorlója is. Megállapítható tehát, hogy a Tanácsban az ítélkező bírák – különös tekintettel az első fokú helyi bíróságon dolgozó bírákra, akik a bírói kar létszámának jelentős részét kiteszik – meglehetősen alulreprezentáltak.

A delegált országgyűlési képviselők egyike jelenleg a legnagyobb, a másik pedig a második legnagyobb kormánypárt köreiből kerül ki, ami – ismerve az Országgyűlés állandó bizottságainak összetételét és ezen személyek tanácsbéli tagságának indokát – nem igazán vitatható.

Végezetül szólnunk kell az összetétel kapcsán azon egyes politikai körökben támogatott elképzelésről is, amely az OIT taglétszámának emelésére irányul, tovább bővítve a hivataltól illetőleg delegált tagok számát, megszüntetve ezzel egyidejűleg a kétharmados bírói túlsúlyt, mely elképzelés – véleményünk szerint – az igazgatás terén lévő, a bírói függetlenséget biztosító eddigi megoldáshoz képest visszalépést jelentene.¹²

Az OIT tagjává választott bíró a tisztségét az első üléstől számított 6 évig tölti be. A bíró e feladatát hivatása gyakorlása mellett látja el, ezért jogállása csak annyiban sajátos amennyiben ezt a tisztsége szükségessé teszi. Ennek megfelelően vele szemben fegyelmi eljárást a munkáltatói jogkör gyakorlója (amennyiben ez nem maga az OIT) csak a Tanács hozzájárulásával indíthat. A tagságából eredő feladatai ellátásához szükséges mértékben mentesíteni kell a bírói munka alól. Az OIT tagjává egyébként az választható aki legalább 5 éves szakmai gyakorlattal rendelkező bíró, nem áll fegyelmi büntetés hatálya alatt, vele szemben nem folyik büntető (fegyelmi), illetve alkalmatlansága megállapítását célzó eljárás és ítélkező tevékenységet folytat. Ennek megfelelően a Bjj. 39–46. §-a szerinti ítélkező tevékenységet nem folytató, az Igazságügyi Minisztériumban jogszabály előkészítés és fegyelmi ügyek intézése céljából, a Legfelsőbb Bíróságra jogegységi határozatok előkészítésével kapcsolatos feladatok ellátására, illetőleg az OIT Hivatalába beosztott bíró a Tanács tagja nem lehet. A választott bíró tag tagsága megszűnik a határozott idő leteltével, a lemondással, fegyelmi büntetőjogi felelőssége jogerős megállapításával, valamint a tagsággal kapcsolatos vétke köteleességszegés, illetve a kötelezettségek hosszabb időn keresztül történő elmulasztása miatti kizárással. [Bszi. 51. § (1) bekezdés a)–e) pont] A választott tagok mandátuma szabad, azaz a mandátum megszűnésének esetei között a visszahívást a törvény nem ismeri.

¹² A cikk írásakor vita folyik az OIT létszámának 15 főről 18 főre emeléséről, bevonva a közjegyzőket, a bírósági végrehajtókat és a hivatásos pártfogók képviselőjét is.

A törvény a hivatalbóli és delegált tagok mandátuma megszűnésének csupán egy esetét ismeri, hiszen az 50. § (2) bekezdésében az előbb ismertetett szabályokkal ellentétben lex specialisként rögzíti, hogy ezen tagok tagsága az alapul szolgáló megbízatás megszűnésével szűnik meg. Ez a megoldás nem túl célravezető, főleg annak ismeretében, hogy a tagok jogai és kötelezettségei tekintetében nincs különbség választott és hivatalbóli (delegált) tag között, így a kötelezettség – pl., hogy az OIT tagja köteles a Tanács munkájában részt venni – kizárással csak a választott bíró tagok vonatkozásában szankcionálható.

Az OIT tisztségviselői az elnök és a bíró tagok közül választott elnökhelyettes. Hatáskörük az ülés összehívására és vezetésére, a szervezet képviseletére, határozatainak aláírására, illetve az államháztartási törvény szerint a költségvetési fejezet felügyeletét ellátó szerv vezetője számára meghatározott feladatok ellátására terjed ki. Az elnökhelyettes az elnököt távolletében teljes jogkörben képviselheti.

Az OIT munkáját hivatal segíti, mely döntés-előkészítő, koordinatív, véleményező szervezet és magának a testületnek az irányítása alatt működik. Vezetője a pályázat útján határozatlan időre a Tanács által kinevezett hivatásos bíró, akinek a tisztsége betöltéséhez az OIT bíró tagjaira vonatkozó rendelkezéseket kell alkalmazni [Bszi. 56. §, 57 §, 59. § (3) bekezdés]. A hivatalvezetői tagság összeférhetetlen az OIT tagsággal, valamint nem állhat hozzátartozói kapcsolatban az OIT kinevezési hatáskörébe tartozó bírósági vezetőkkal sem. A hivatal szervezeti és működési szabályzatát az OIT 37/1999. (IV. 7.) határozatával hagyta jóvá. A hivatal vezetőjének hatáskörét a 2. § tartalmazza. A OIT Hivatal szervezetén belül titkárság, 9 főosztály (tájékoztatási és sajtó, nemzetközi kapcsolatok, bírósági igazgatási, személyzeti és oktatási, módszertani és jogi képviseleti, költségvetési fejezeti, pénzügyi, műszaki, informatikai) és egy önálló osztály (Pénzügyi és Ellenőrzési Önálló Osztály) működik. Ezen szervezeti egységes hatáskörének részletes ismertetésétől hely hiányában eltekintünk és csak néhány fontosabb feladat ismertetésére szorítkozunk a teljesség igénye nélkül.

A Titkárság az OIT döntés-előkészítő szerve mely egyúttal ellátja az ülésekről készült emlékeztetőkkel és az OIT hivatalos lapjának (a Bírósági Közlönynek) szerkesztésével kapcsolatos feladatokat, intézi az OIT határozatainak közzétételét.

Kiemelt jelentőségű a Bírósági Igazgatási Főosztály, melynek két osztálya az Igazgatási és Statisztikai Osztály. Az Igazgatási Osztály vizsgálja a megyei bíróságok és az Ítéletábrla elnökeinek igazgatási tevékenységét, felméri és elemzi a bíróságok munkaterhének alakulását, a Statisztikai Osztály dolgozza fel és elemzi a bíróságok statisztikai adatszolgáltatásának eredményeit. A Módszertani és Jogi Képviseleti Főosztály gondoskodik a bíróságok és a hivatal jogi képviseletéről a peres és nem peres eljárásokban. A Költségvetési Főosztály hatáskörébe tartozik a bíróságok „fejezet szintű” költségvetésének és a zárszámadásnak az előkészítése, és ez a szervezeti egység tesz javaslatot a jóváhagyott költségvetési irányzatok intézmények közti elosztására is. A Pénzügyi Ellenőrzési Önálló Osztály az éves ellenőrzési terv és a belső ellenőrzési szabályzat alapján ellenőrzi és értékeli a vizsgált bíróságok és a hivatal tevékenységének hatékonyságát, tervszerűségét, gazdaságosságát, szervezettségét és eredményességét. A költségvetés bírósági fejezetéhez tartozó önállóan gazdálkodó szerveinél (pl. megyei bíróságok) legalább 3 évenként felügyeleti jellegű ellenőrzést, az OIT megbízásából a bíróságoknál, a hivatalnál és a jóléti intézményeknél (pl. üdülők, óvodák stb.) eseti-, téma-, cél- és utóellenőrzést végez.

3. Az OIT hatásköre

Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács hatásköre az európai összehasonlításban is szélesnek mondható. Ha a jelenlegi hatáskörre vonatkozó szabályokat összevetjük a korábbi bírósági törvénynek az igazságügy-miniszter hatáskörére vonatkozó rendelkezéseivel megállapítható, hogy az OIT a minisztert korábban megillető valamennyi igazgatási jogosítványt átvette.

Az OIT feladatát generális jelleggel a Bszi. 34. § (1) bekezdése akként határozza meg, hogy a bírói függetlenség elvének megtartásával ellátja a bíróságok igazgatásának központi feladatait és felügyeletet gyakorol az Ítéltábla és a megyei bíróság elnökének igazgatási tevékenysége felett.

A jogalkotó hatáskörrel kapcsolatosan elmondható, hogy az igazságügy minisztert – mint a kormány tagját – az 1987:XI. törvény jogalkotó hatáskörrel ruházta fel, melyre az OIT nem jogosult. Ezért a jogalkotás folyamatában csak a bíróságok feladatkörét érintő jogszabályok alkotásának kezdeményezése, illetve az ilyen jogszabály tervezetek véleményezési joga illeti a Bszi. 39. § e) pontja szerint, míg a minisztert az 1972:IV. törvény 51. § (1) bekezdés a) pontja alapján a bíróságok szervezetére és eljárására vonatkozó, valamint a büntetőjogi, polgári jogi, családjogi és az igazságszolgáltatás körébe tartozó más jogszabályok előkészítésének, illetve az 51. § (1) bekezdés b) pontja értelmében a hatáskörébe tartozó ügyekben jogszabály alkotásának a joga is megillette.

Az OIT „igazgatási feladatainak ellátása érdekében jogszabályi keretek közt a bíróságokra kötelező szabályzatokat alkot, ajánlásokat és határozatokat hoz és ezek megtartását ellenőrzi”. [Bszi. 39. § q) pont]. A törvényhely grammatikai értelmezése után arra a megállapításra juthatunk, hogy csupán az OIT szabályzatok kötelezőek a bíróságokra nézve, míg az egyedi vagy normatív határozatok, illetve az ajánlások kötelező erővel nem bírnak. Ennek ismeretében nehezen kérhető számon ezen aktusok megtartásának ellenőrzése és csak sejthető, hogy ezen nem kikényszeríthető szabályok betartását az OIT a kinevezése alá tartozó bírósági vezetőkkel szemben esetleges fegyelmi eljárás kezdeményezésével segítheti elő. A Bjj. 63. § a)–b) pontjai szerint azonban fegyelmi vétség csak a szolgálati viszonytal kapcsolatos köteleességszegés, illetve a bírói hivatás tekintélyét sértő vagy veszélyeztető életmód. Ezek ismeretében kétséges, hogy az OIT határozatainak, illetve ajánlásainak be nem tartása ezen felelősségi alakzatokba beilleszthető-e, arról már nem is beszélve, hogy a fegyelmi felelősség megállapítása már az erre a célra választott fegyelmi bíróságok feladata. Mindezek alapján azt állítjuk, hogy a Tanácsnak a határozatai, ajánlásai betartatására semmiféle eszköze nem áll rendelkezésre, így ezen jogszabályi kötelezettségének sem tehet eleget. A jogalkotással kapcsolatos továbbá a 39. § a) pontjában megfogalmazott azon hatáskör, mely szerint az OIT készíti el és nyújtja be a kormányhoz a bírósági fejezetre vonatkozó költségvetési javaslatot, valamint az előző évi költségvetés végrehajtásáról szóló beszámolót. A költségvetési, illetve a zárszámadási törvény előkészítéséért viszont az 1987:XI. törvény 23. § szerint a szakminiszter – jelen esetben a pénzügyminiszter – felelős, míg a törvényjavaslatot a Kormány nyújtja be és azt az Országgyűlés fogadja el. [Alkotmány 25. § (1) bekezdése, 19. § (1) bekezdés b) pontja] Ennek ismeretében nem tekinthető az igazságszolgáltatási szervezet anyagi függetlensége elégséges biztosítékának az OIT számára biztosított ezen hatáskör, még akkor sem ha garanciális szabályként a Bszi. 39. § a) pontja azt is tartalmazza, hogy amennyiben az OIT költségvetési javaslata és a kormány által benyújtott törvényjavaslat között eltérés

van a kormány köteles részletesen feltüntetni, hogy mi volt az eredeti javaslat és mi az eltérés oka.¹³

Az 1972:IV. törvény a bíróságok igazgatása körében az igazságügy-miniszter jogait akképpen fogalmazta meg, hogy „igazságügy-miniszter a bírói függetlenség sérelme nélkül biztosítja a bíróságok működéséhez szükséges személyi és anyagi feltételeket, irányítja és ellenőrzi a bíróságok elnökeinek igazgatási tevékenységét”. [51. § (2) bekezdés a)–b) pontja] A jelenleg hatályos szabályozás ezen generális megfogalmazás helyett taxatív felsorolja, hogy mit ért az igazgatással kapcsolatosan a működéshez szükséges személyi és anyagi feltételek biztosításán.

Az OIT a 39. § c) pontja szerint gyakorolja a bírósági fejezet gazdálkodásával kapcsolatos feladatokat. E körben pl. az Országgyűlés által elfogadott költségvetés bíróságokra vonatkozó fejezetében lévő összeg megyei bíróságok és a Legfelsőbb Bíróság közti szétosztása, a különféle támogatások mértékének meghatározása (pl. lakáscélú támogatás) tartozik a feladatai közé.

A 39. § d) pontja szerint a Tanács munkáltató és személyügyi jogkört gyakorol. A munkáltatói jogokat az általa kinevezett bírósági vezetők (Ítéltábla elnöke, elnökhelyettese, megyei bíróság elnöke, elnökhelyettese, kollégiumvezető) vonatkozásában [Bjj. 62. § (1) bekezdés a) pontja] gyakorolja, mely jogkörét az OIT elnökére és a hivatal vezetőjére írásban átruházhatja [Bjj. 62. § (2) bekezdés a) pontja]. A bírói szolgálati viszony nem tekinthető klasszikus értelemben vett munkaviszonynak, hiszen a munkaviszony alapelemei közül a munkáltató utasítási joga az Alkotmány 50. § (3) bekezdésében meghatározott ítélkező bíró függetlenségét tételező szabályba ütközne. Az kétségtelen, hogy ez az alkotmányos szabály („a bírák függetlenek és csak a törvénynek vannak alárendelve”) csak a bírói munkavégzés tartalmában, azaz az ítélkezésben és az azzal összefüggő tevékenységében illeti a bírót. Ezért lehetséges, hogy az OIT Hivatalába beosztott bíró jogállásáról szóló szabályok között a Bjj. 40. §-a kifejezetten tartalmazza, hogy a Hivatalba beosztott bíró „hivatali tevékenysége során köteles végrehajtani az OIT és a Hivatal vezetőjének intézkedéseit, utasításait”, hiszen a 39. § (1) bekezdése értelmében a hivatalba beosztott bíró megtartja bírói tisztségét de nem ítélkezhet. A munkáltatói jogokat ezen bírák felett a beosztás, annak megszüntetése, a soron kívüli előbbre sorolás és a magasabb bírói tisztség adományozása tekintetében az OIT egyebekben a Hivatal vezetője gyakorolja (OIT Hivatal Szervezeti és Működési Szabályzata 2. sz. melléklet I. 2. pontja). Sajátosan megosztott a Bszi. 59. § (1) bekezdése alapján az OIT Hivatal vezetője feletti munkáltatói jog. Ez a szakasz ugyanis fő szabályként munkáltatónak az OIT elnökét nevezi meg és a jogköre gyakorlása alól csak törvényi kivételt enged. Ennek alapján a hivatal vezetőjének kinevezése, felmentése, ellene fegyelmi eljárás kezdeményezése az OIT hatáskörébe, minden egyéb munkáltatói jog gyakorlása a Tanács elnökének hatáskörébe tartozik. Ebben az esetben – bár a hivatal elnökét is az OIT nevezi ki – tehát nem illeti meg a hatáskör átruházás joga a Tanácsot, annál is inkább, mert a Bszi a hivatal vezetőjét – bár az szintén csak hivatásos bíró lehet – nem tekinti bírósági vezetőnek, jogállását a törvény IV. Fejezetében szabályozza, míg az utóbbiakra vonatkozó joganyag a Bszi. V. Fejezetében található, a munkáltatói jogok gyakorlásáról általánosságában a bírókkal szemben pedig a Bjj. rendelkezik.

¹³ A vázolt probléma az 1999-es költségvetés tárgyalása során már felmerült, amikor az országgyűlés az OIT költségvetési javaslatával szemben a kormány által benyújtott költségvetést fogadta el.

Az OIT gondoskodik a bíróságok jogi képviseléről a 39. § j) pontja értelmében. Mint arra már korábban utaltunk ezt a feladatot a hivatal Módszertani és Jogi Képviselési Főosztálya útján látja el A Bszi. 20. § (3) bekezdése kimondja, hogy a megyei bíróság jogi személy. A bíróságok jogi képviselőre tipikusan az ellenük indított kártérítési perekben van szükség, aholis a megyei bíróság alperes jogi képviselőt az OIT látja el a Pp-nek a törvényes képviselőre vonatkozó szabályai alapján. Nem tartozik e körbe az ún. „kártalanítási per” jogellenes fogvatartás miatt, ahol alperesként nem az előzetes letartóztatást elrendelő bíróságot, hanem a magyar államot kell perelni, így a képviselőre vonatkozó Bszi. szabályok e körben nem alkalmazhatók.¹⁴

Az OIT Hivatalával kapcsolatos fejezetben már utaltunk rá, hogy a Tanács látja el a bírák, titkárok oktatásával kapcsolatos központi feladatokat, szervezi és végzi a bíróság statisztikai adatok gyűjtésével és feldolgozásával kapcsolatos központi feladatokat, irányítja a bíróságok informatikai fejlesztését [Bszi. 39. § h), j), n) pontja] Hivatala illetékes főosztályai segítségével. A Hivatal tevékenységének irányítása is természetesen az igazgatási csúcsszerv feladata.

A Tanács az igazgatás terén nemcsak irányító, de ellenőrző feladatokat is ellát. A Bszi. 39. § a) pontja szerint a kinevezési hatáskörébe tartozó bírósági elnökök igazgatási tevékenységének ellenőrzése és irányítása az OIT jogköre. Megjegyzendő, hogy ennek alapján a tanulmány elején kifejtett az az elvárás, mely szerint a szervezeti reform az egységes bírósági szervezet megteremtését is célul tűzte ki nem valósult meg maradéktalanul, hiszen a Legfelsőbb Bíróság vezetőjének igazgatási tevékenysége felügyeletére az OIT hatásköre nem terjed ki, mivel a Legfelsőbb Bíróság elnökét nem ő nevezi ki hanem az Országgyűlés választja. Ezt egyébként a jogalkotó – teljesen szükségtelenül – külön is kiemeli amikor a 39. § a) pontjában a bírósági vezetők közül a Legfelsőbb Bíróság elnökét kivételként külön is nevesíti. Elmondhatjuk tehát, hogy a Legfelsőbb Bíróság szervezeti különállásának teljes megszüntetését a reform nem végezte el.

Az ellenőrzés lényegi tartalmát a 41. § (1) bekezdés a) pontja fejt ki. Ennek alapján a bírósági elnökök igazgatási tevékenységének ellenőrzése során az OIT figyelemmel kíséri a bírósági igazgatásra vonatkozó szabályok érvényesülését, az eljárási határidők és ügyviteli szabályok megtartását, mindezek érdekében vizsgálatokat végez, kivételesen – bármely tagjának javaslatára – elrendelheti a társadalom széles körét érintő, vagy a közérdek szempontjából kiemelkedő jelentőségű ügyek soron kívüli intézését. Külön kiemelés érdemel az eljárási határidők és ügyviteli szabályok megtartására vonatkozó ellenőrzési jog, valamint a soron kívüliség elrendelése, hiszen ez túlmutat a bírósági elnök igazgatási tevékenységének ellenőrzésén és a konkrét ítélkező tevékenység vizsgálatát jelenti. Ezen hatáskör megvalósítása érdekében született a 98/1999. (XII. 1.) OIT határozat a bírói adatszolgáltatás egységesítéséről. Ennek alapján a bírák és a bírói tanácsok tevékenységére vonatkozóan központi, egységes havi adatszolgáltatást vezettek be 2000. január 1-vel, mely alapján az adatok megyei összesítését a tárgyhót követő 15. napig az OIT Hivatalnak meg kell küldeni. Az egyéni adatszolgáltatás olyan, a napi ítélkezés körébe tartozó kérdésekre is kiterjed, minthogy mi volt a tárgyalás elhalasztásának oka, mi a legtávolabbi kitűzött határnap, hány kitűzetlen ügy, és 30 napon túli írásba foglaltan eljárást befejező határozat van az eljáró bíró vagy ítélkező tanács kezén. Különösen nem tartozik a vezetők igazgatási tevékenysége ellenőrzésének körébe, hogy a Tanács – bármely tagja, akár pl. a

¹⁴ A helyi bíróságok a Bszi. 11. § (5) bekezdése szerint nem jogi személyek.

végrehajtó hatalmat képviselő igazságügy-miniszter javaslatára – konkrét ügyben vagy ügyek csoportjaira soron kívüli eljárást rendeljen el.¹⁵

A Hivatal Pénzügyi Ellenőrzési Önálló Osztálya útján közvetlenül irányítja a belső ellenőrzést és a bírósági fejezet felügyeleti, pénzügyi ellenőrzését [Bszi. 39. § g) pontja, OIT Hivatal SzMSz-e 30. § b), c) és d) pontja]. A bíróságok működésével kapcsolatos hatáskör továbbá, hogy a Tanács, a megyei és a Legfelsőbb Bíróság, a Hivatal, valamint az Ítéltáblák szervezeti és működési szabályzatát jóváhagyja, meghatározza előzetesen annak alapelveit. Saját szervezeti és működési szabályzatának megállapítása keretében rendelkezik az OIT bíró tagjai és póttagjai választásának részletes szabályairól [39. § l), m) pontja]. Ezen hatáskörök részletes ismertetését a következő fejezet tartalmazza.

Az OIT személyi jellegű hatásköre részben kinevezési, felmentési, részben véleményezési jogosítvány. Ő nevezi ki és menti fel az Ítéltábla és a megyei bíróságok vezetőit (elnök, elnökhelyettes, kollégiumvezető – de a kollégiumvezető helyettes már nem) és előzetes véleményezési jog illeti a Legfelsőbb Bíróság elnöke, elnökhelyettese jelöltjei vonatkozásában, mely véleményezési jog eredménye a mandátum keletkeztető szervet (személyt) természetesen nem köti. Megjegyzendő, hogy a 40. § (2) bekezdés c) pontja nem nevesíti, hogy mely bírósági szervezeti szint kollégiumvezetőjének kinevezése, felmentése tartozik a tanács hatáskörébe, ebből következően a Legfelsőbb Bíróság kollégiumvezetőinek kinevezése szintén az OIT feladata. A bírósági vezetői kinevezések 6 évre szólnak.¹⁶ A kinevezést megelőzően – érvényességi kellékként – szükség van az összbírói értekezlet előzetes véleményére a bírói önkormányzati szerv a vezetők felmentését is kezdeményezheti. A kollégiumot megilleti a kollégiumvezető kinevezésére vonatkozó javaslatlatterti jog.

A fent tagolt és a Bszi-ben részletezett hatáskörökön túl az OIT részt vesz a bíró kinevezési eljárás folyamatában, illetve más, a bíró személyes függetlenségéhez kapcsolódó hatáskörét is nevesíti a Bjj.

A Bjj. 2. § (2) bekezdése szerint a bírót a köztársasági elnök nevezi ki és menti fel.

A Bjj. 6. § (1) bekezdése szerint a bírói állás betöltésére pályázatot kell kiírni, ami a gyakorlatban azt jelenti, hogy nemcsak az első bírói kinevezésre váróknak kell a meghirdetett álláshelyre pályázni, hanem a más bíróságon dolgozó már kinevezett bírácoknak is. Ez a szerencsétlen megoldás tulajdonképpen összemosza az áthelyezés, illetve az első bírói kinevezés határait, ugyanis áthelyezés esetén is kötelező pályázni. A pályázatokat a kiíró bíróság elnöke bírálja el a bírói tanácsok javaslatának beszerzése után abban az esetben, ha valamennyi pályázó beosztására ő jogosult [Bjj. 8. § (1)–(2) bekezdése]. Ha azonban van olyan pályázó akinek beosztására az OIT jogosult a pályázatot kiíró bíróság elnöke a pályázatokat saját, valamint a bírói tanácsok javaslatával az OIT-hoz felterjeszti, aki a pályázatokat elbírálja, a bírói önkormányzati testület és a kiíró elnök javaslata nem köti (Bjj. 9. §).

Melyek azok az esetek, amikor a bíró beosztására az OIT jogosult? A Bjj. 14. § (1) bekezdése szerint a bírót első kinevezéskor az OIT, ezt követően a Legfelsőbb Bíróságra Legfelsőbb Bíróság elnöke, a megyei bíróságra és a helyi – munkaügyi – bíróságra a megyei bíróság elnöke osztja be. A Bjj. 20. §-a alapján amennyiben a már kinevezett bíró

¹⁵ Az OIT a 23/1998. (III. 23.) sz. határozatában konkrét ügyben – a Bajai Városi Bíróság előtt folyamatban volt emlékeztetés abortusz ügyben rendelt el soronkívüliséget, illetve a 65/2000. (VII. 5.) határozatával az olajügyek miatt folyamatban lévő büntetőeljárásokkal tette ugyanezt.

¹⁶ Bszi. 69. § (1) bekezdése.

más megyei bíróság területén működő bírósághoz kéri az áthelyezését, erre az OIT jogosult.

Az említett szakaszok ismeretében tehát megállapítható, hogy amennyiben a meghirdetett bírói álláshelyre akár egy olyan pályázó is jelentkezik, aki még nem kinevezett bíró, vagy más megye bíróságán működő bíró is pályázik (azaz áthelyezését kéri), az összes benyújtott pályázat elbírálására az OIT jogosult. Következik továbbá az is, hogy az első bírói kinevezésre az előterjesztést a köztársasági elnök felé mindig az OIT teszi meg, amennyiben a pályázat győztesévé olyan személyt nyilvánít, aki nem bíró, hiszen „külső” jelentkező esetén az elbírálásra mindenképpen neki van jogosítványa. Azt a hatáskört tehát, hogy a bíró kinevezése az OIT előterjesztésére történik, konkrét szabályként sem a Bszi. sem a Bjj. nem tartalmazza. Ez csak a fenti jogszabályok értelmezése útján levont logikai következtetés eredménye.

Az első kinevezést követő beosztáson, a más megyei bíróság illetékességi területén lévő bírósághoz történő áthelyezésen túl az OIT jogosult a más megyei bíróság területén lévő bírósághoz történő kirendelésre is. A kirendelés tartalmában a beosztási helytől eltérő bíróságon való ideiglenes jellegű ítélkezést jelent. Erre a bíró beleegyezésével bármikor, de beleegyezése ellenére – az elmozdíthatatlanság alapelveinek figyelembe vétele mellett – csak a megyei bíróság illetékességi területén működő más megyei bírósághoz igazságszolgáltatási érdekből 3 évenként 1 évi időtartamra kerülhet sor. Amennyiben a kirendelés a megyei bíróság illetékességi területén kívüli bíróságra vonatkozik, annak csak a kirendelt beleegyezésével lehet helye (Bjj. 17. §).

Az OIT jogosult továbbá a katonai bírák katonai tanácsba történő beosztására, az adó, vám, illeték és jövedéki ügyekben hozott határozatok felülvizsgálata iránti perekben, a társadalombiztosítási ügyekben, továbbá a fiatalkorúak büntetőügyében eljáró bírák kinevezésére. A bírót nem ítélkező tevékenységre az OIT Hivatalába a Legfelsőbb Bíróságra, valamint az Igazságügyi Minisztériumba szintén a Tanács osztja be.¹⁷

4. Az OIT működése, a tagok jogai és kötelezettségei

Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács működésére vonatkozó szabályokat részben a Bszi. 42–45 §-ai rögzítik, a részletes szabályokat pedig a Tanács által a Bszi. 39. § e) pontja és 45. §-a alapján alkotott 1999. évi 1. Szabályzata (SzMSz) tartalmazza.

Az OIT jogi személy, mely feladat- és hatáskörét testületként gyakorolja. Munkáját fő szabály szerint nem nyilvános ülésén meghozott testületi döntések útján látja el. Havi egy rendes ülést tart (minden hónap első szerdáján), de rendkívüli ülését bármely tag napirendre tett javaslata alapján a tagok egyharmadának támogatása mellett a javaslat benyújtásától számított 15 napon belüli időpontra össze kell hívni. Az ülések előkészítése körében az OIT elnöke és tagjai előterjesztést, elnöke, tagjai és a megyei (Ítéltábla) bíróságok elnökei, valamint a Hivatal vezetője javaslatot és tájékoztatót nyújthat be.

Az előterjesztés az OIT normatív vagy egyedi határozatainak írásba foglalt előkészítése, mely a határozati javaslatból és az indokolásból áll. A határozati javaslat tartalmazza a döntés címét, teljes szövegét, a bevezetés időpontját és a végrehajtás határidejét, az indoklás pedig a döntéshez szükséges információkat (intézkedés indoka, lényege, tartalmi jellemzői, jogi indokolása, költségkihatása stb.). A tájékoztató az OIT feladatkörét érintő

¹⁷ Bszi. 14–15. §.

kérdésre vonatkozó információ összefoglalása, a javaslat pedig mindaz a Tanács hatáskörébe tartozó indítvány mely az előterjesztés és a tájékoztató fogalomkörén kívül esik.

Amennyiben az előterjesztést nem az OIT elnöke nyújtja be úgy azt az ülést megelőző 15 nappal meg kell küldeni a Hivatalnak, aki az észlelt tartalmi vagy formai hiányról az előterjesztőt értesíti, ezek pótlása után haladéktalanul – egyébként 15 nap alatt – továbbítja azt az OIT elnökének, aki gondoskodik a napirendre tűzésről. Az előterjesztést, a javaslatot, tájékoztatót, valamint az elnök által jóváhagyott napirendet a Hivatal az ülés előtt 8 nappal a résztvevőknek megküldi.

Az ülések összehívása az elnök feladata, azon a tagokon kívül eseti meghívottak és az OIT Hivatalának vezetője, mint állandó meghívott vesz részt. A határozatképességhez a tagok legalább kétharmadának jelenléte szükséges, ami a jelenlegi létszám szerint 10 fő. A határozathozatal általában nyílt szavazással, szótöbbséggel történik. Szavazategyenlőség esetén az elnök szavazata dönt. Az SzMSz 24. § (2) és (3) bekezdése szerint titkos szavazással döntenek a személyi kérdésekben (kinevezési, vélemény-nyilvánítási jog gyakorlása, választottak kizárása, elnökhelyettes megválasztása), valamint ha a tagok egyharmada ezt indítványozza. Az OIT meghatározott feladatok ellátására tanácsadó testületet és szakértői bizottságot hozhat létre, szakértőt bízhat meg, ülésén személyes meghallgatást foganatosíthat, a kinevezési hatáskörébe tartozó állásokra pályázókat köteles meghallgatni. Az ülésről a Hivatal emlékeztetőt készít, mely nem szó szerinti jegyzőkönyv, de a hozzászóló kérésére álláspontja lényegét rögzíteni kell.

Az ülésen történő határozathozatalhoz képest kivétel a rendkívüli, vagy azonnali intézkedést igénylő esetben hozott határozat. Ennek feltétele, hogy a döntés ne essen a titkos szavazással eldöntendő kérdések körébe, illetve nem lehet dönteni ülés tartása nélkül a költségvetési javaslatról és a zárszámadási beszámolóról sem. Az ülés mellőzésével történő döntéshozatalkor a tagok írásban vagy távbeszélőn közlik álláspontjukat, melyről a Hivatal feljegyzést készít.

Az OIT által hozott döntések formailag szabályzatok [melyek a Bszi. 39. § q) pontja alapján kötelezőek], határozatok (normatív vagy egyedi), vagy ajánlások, melyeket az OIT Hivatal titkársága által szerkesztett Bíróági Közlönyben (a Tanács hivatalos lapja) közzé kell tenni, a saját működés során e körben hozott döntések kivételével. Ezen felül az OIT véleményt nyilvánít a hatáskörébe tartozó kérdésekben, pl. a Bszi. 39. § e) pontja alapján gyakorolt véleménynyilvánítási joga körében, illetőleg a 40. § (1) bekezdése szerinti jelöltek személyéről.

Az OIT az ellenőrzési joga gyakorlása keretében a Hivatal vezetőjét rendszeresen beszámoltatja a határidős feladatok végrehajtásáról, és a vezető évente egyszer köteles beszámolni a Hivatal munkájának általános működéséről is.

Mint arról már korábban szóltunk, a Tanács a bíróságok belső ellenőrzésének irányítását és a bírósági fejezet felügyeleti, pénzügyi ellenőrzését, a Hivatal Pénzügyi Ellenőrzési Önálló Osztálya közreműködésével látja el, amely szervezeti egység vezetője és érdemi munkát végző alkalmazottja felett a munkáltatói jogokat az OIT elnöke gyakorolja. (A szolgálati jogviszonyokat érintő kérdésekben a Tanácsnak egyetértési joga van.) E körben az OIT hagyja jóvá az Önálló Osztály éves ellenőrzési tervét, az ellenőrzési tevékenységről készült éves beszámolót, az ellenőrzési tervet meghaladóan egyedi ellenőrzési feladatokat is előírhat. Ezen feladatok végrehajtásáról az osztályt beszámoltathatja.

Az OIT tagok jogállásáról a korábbi fejezetben már részben szóltunk, megállapítva azt, hogy – bár a mandátum keletkezésének és megszűnésének esetei eltérnek –, a Bszi.

nem tesz különbséget a jogok és kötelezettségek tekintetében a választott és nem választott tagok között, kitérünk az ülésről való távolmaradás szankcionálásával kapcsolatos problémákra is.¹⁸ Az OIT tagjainak és póttagjainak választására vonatkozó keretszabályokat a Bszi., míg annak a részletes szabályait az 1999. évi 1. Szabályzat tartalmazza.

Az OIT 52. § (1) bekezdés a), b) pontja szerint a tag jogosult a működéssel kapcsolatos iratokba való betekintésre, a Hivatal vezetőjétől tájékoztatást kérhet, az ülés napirendjére javaslatot tehet, előterjesztést, javaslatot vagy tájékoztatót nyújthat be. A kötelezettségek közül kiemelés érdemel az, hogy a tag köteles részt venni az üléseken és a Tanács munkájában, akadályoztatása esetén a napirendi pontokra írásban észrevételt tehet, de nem szavazhat.

5. Az eddigi működés gyakorlati tapasztalatai.

A Tanács működését gyakorlatilag a megalakulástól a cikk írásáig terjedő két és fél évnyi időszakban vizsgálva (1998. január 1. – 2000. július 30.) az alábbi megállapításokat tehetjük. A Tanács 1998. évben 5 szabályzatot, 138 határozatot (35 normatív és 103 egyedi) és 8 ajánlást, 1999-ben 15 szabályzatot, 101 határozatot (24 normatív és 75 egyedi) és 4 ajánlást, 2000-ben eddig 2 szabályzatot, 66 határozatot (18 normatív és 48 egyedi), valamint egy ajánlást fogadott el. Ezidáig döntései közül összesen kettő határozatot nem tette közzé az 1999. évből. Szabályzatban rendezték többek között a bírák és igazságügyi alkalmazottak juttatásait (lakáscélú támogatás, egyéb juttatások), elismerésük rendjét, figyelemmel arra, hogy a Bjj. 119. § (3) bekezdése és 121. § (5) bekezdése, valamint az Iasz. 123. §-a a jogszabály keretei között a juttatások, kedvezmények és elismerések részletes szabályainak és azok mértékének megállapításával az OIT-t hatalmazta fel.¹⁹

Szabályzat rendezi továbbá a Bjj. 51. § (4) bekezdése alapján a bíró munkájának értékelési rendjét és a bíró szakmai alkalmassági vizsgálatának részletes szempontjait,²⁰ a bírósági fogalmazók joggyakorlatát, képzését és értékelési rendjét.²¹

Az OIT 1999. évi 9. Szabályzata szól a bíróságok igazgatásáról, míg a 3/1999. (V. 5.) ajánlás a bíróságok szervezeti és működési szabályzatának megalkotásához ajánl mintá SzMSz-t. Az 1999. évi 2. Szabályzat vezette be az ítélkezés során a talár használatát, amely 2000. július 1 óta általánosan, minden bíróságon kötelező. Az 1999. évi 1. Szabályzatban rendezte az OIT saját működési rendjét, a tagok, póttagok választásával kapcsolatos részletes szabályokat.

Az OIT által hozott egyedi határozatok egyik csoportja a bírák kinevezése, felmentése tárgyában havonta a köztársasági elnök felé történt előterjesztések elfogadásáról, másik csoportja az OIT kinevezési hatáskörébe tartozó bírósági vezetői állásokra vonatkozó pályázatok kiírásáról, illetőleg a pályázat nyerteseinek kinevezéséről, harmadik nagy csoportja a bírák beosztásáról (OIT Hivatalba, Igazságügyi Minisztériumba, katonai tanácsba történő beosztás stb.) adó, vám, illeték és jövedéki ügyekben, fiatalok elleni

¹⁸ Lásd III/2. fejezet.

¹⁹ Az OIT 1998. évi 1. Szabályzat A lakáscélú támogatásokról (módosítva 2000. évi 2. sz. Szabályzattal), 1998. évi 4. Szabályzat A bíróságok létszámmal és személyi juttatással való gazdálkodásáról, 1999. évi 3. Szabályzat A bírák és igazságügyi alkalmazottak tevékenysége elismeréséről.

²⁰ Az OIT 1998. évi 5. Szabályzata A bíró munkájának értékelési rendjéről, a vizsgálat részletes szempontjairól.

²¹ 1999. évi 13. Szabályzat.

büntető ügyekben, társadalombiztosítási ügyekben ítélező bírák kijelöléséről, címek adományozásáról szól.

Az elfogadott normatív tartalmú határozatok igen sokszínűek. Ilyen határozati formában teszi meg javaslatát a Tanács a bíróságok illetékességi területének változtatására és foglal állást új bíróság létesítéséről.²² Az eljárások ésszerű határidőben történő befejezésének a Bjj. 39. § (1) bekezdésében megfogalmazott követelménye érvényesülése érdekében az OIT normatív határozataival igyekezett segíteni pl. a cégbíróságokon felhalmozott ügyhátralék feldolgozását [3/1997. (XII. 03.) OIT hat.], próbálta feltárni a hosszabb idő óta folyamatban lévő ügýtípusok kialakulásának okait [77/1998. (VII. 01.) OIT határozat a két éven túl folyamatban lévő nagy tárgyi súlyú büntető ügyekkel kapcsolatos bírói mulasztások vizsgálatáról], egységesítette a statisztikai adatszolgáltatást [99/1999. (XII. 01.) OIT határozat a bírói adatszolgáltatások egységesítéséről], határozta meg a jogszabályváltozások folytán a bíróságokra háruló többletfeladatok teljesítéséhez szükséges intézkedéseket. 1998. évben két alkalommal, 1999-ben egyszer, míg 2000-ben eddig két alkalommal rendelték el soronkívüli eljárást. 2000-ben nem konkrét ügyekre, hanem ügyek meghatározott csoportjára vonatkozik a soronkívüliség. A 65/2000. (VII. 05.) OIT határozat ugyanis az ún. olajügyek miatt folyamatban lévő büntető eljárásokra (ügyszám szerint nevesítve, bíróságokra bontva összesen 93 ügy), a 66/2000. (VII. 05.) OIT határozat pedig az ún. sortűz-ügyek miatt folyamatban lévő büntető eljárásokra (országosan 4 ügy) vonatkozik. Már korábban jeleztük, hogy ezen határozatok az igazgatáson túl a napi ítélkezési tevékenységet közvetlenül is érintik.

Normatív tartalmú határozat rendezi évente a ruházati költségtérítés kifizetésének rendjét, az étkezési hozzájárulás havi összegét a Bjj. 118. § (3) bekezdése alapján.²³

Kiemelendő még a jogalkotással kapcsolatosan a Bszi. 39. § e) pontján alapuló jogszabályalkotás-kezdményezési jog,²⁴ illetve az Alkotmánybíróságnál jogszabály alkotmányellenessége utólagos vizsgálatát is kezdeményezhetik.²⁵ E jogkör külön nevesítésére semmi szükség, hiszen az Alkotmánybíróságnál utólagos normakontrollra irányuló eljárást bárki kezdeményezhet. Az OIT a bíróságokat érintő jogszabályok tervezetét érintő véleményezési jogát [Bszi. 39. § e) pont 2. fordulata] gyakorolva döntését nem határozati formában hozza meg, ugyanis ezen döntésnek nincs normatív hatása. Ezzel kapcsolatosan megjegyzendő, hogy az ítélőtáblák és fellebbviteli főügyészségek felállításával kapcsolatosan az igazságügy-miniszternek a kormány részére készített előterjesztésével 1998. évben (mely a táblabíróságok felállításának elhalasztásáról szól) az OIT nem értett egyet és erről 117/1998. (XI. 04.) számon határozatot is hozott, melyet később az Igazságügyi Közlöny 12. számában közzétett közleményben akként módosított, hogy az említett tartalmú döntés formailag nem határozat.

Az ezidáig elfogadott ajánlások döntő többsége a működés első évében született és a jogszabályértelmezési kérdésekkel foglalkozik, valamint célja országosan egységes igazgatási gyakorlat kialakítása bizonyos kérdésekben. Ennek megfelelően az ítélkezési szü-

²² 85/1999. (XI. 3.) OIT határozat: Zalaszentgróton városi bíróság létesítésére vonatkozó állásfoglalásról.

²³ 4/2000. (I. 12.) OIT határozat A bírák és igazságügyi alkalmazottak ruházati költségtérítésének és étkezési hozzájárulásának 2000. évi megállapításáról és kifizetéséről.

²⁴ 58/1998. (VI. 03.) OIT határozat A közúti közlekedés rendőrhatalmának igazgatásáról szóló 48/1997. (VIII. 26.) BM rendelet módosítása kezdeményezéséről.

²⁵ 59/1998. (VI. 03.) OIT határozat az országgyűlési képviselők jogállásáról szóló 1990. LV. törvényt módosító 1998. XXXIII. törvény egyes rendelkezései alkotmányellenességének utólagos vizsgálatáról.

nettel, az éves szabadságolási renddel, a jutalmazással kapcsolatos kérdések országos, egységes gyakorlatára vonatkozóan rendszeres OIT ajánlások születtek.

Látható tehát, hogy az OIT döntései formailag túlnyomórészt határozatok, melyek a megállapított hatáskör igen széles spektrumának gyakorlati megvalósításának eszközei. A Tanács saját működéséhez és a megyei bíróságok működéséhez szükséges szabályzatokat jórészt 1999-ben alkotta meg, a Bjj-ben és az Iasz-ban kapott jogszabályi felhatalmazás alapján a bírói és igazságügyi alkalmazotti jogállás szabályozásával kapcsolatosan reá háruló feladatokat mára túlnyomó részt elvégezte. Megfigyelhető, hogy a társadalomban a bíróságokkal szemben megfogalmazódó és az igazságszolgáltatás hatékonyságát alapvetően befolyásoló gyors ügyintézés követelményének érdekében az OIT a rendelkezésre álló eszköztár teljes kimerítésével igyekezett döntéseiben a gyakorló bírakat erre rászorítani. Megállapítható továbbá az is, hogy az OIT évi 11 rendes üléshez képest a meghozott döntéseinek számát figyelembe véve igen aktív szerepet játszik a bíróságok igazgatásának irányításában.

IV. Értékelés

„Ha a bírói hatalom a végrehajtó hatalomhoz lenne kapcsolva, a bírónak elnyomó hatalma lenne” – írta hatalommegosztásról szóló munkájában Montesquieu. Az 1989-eet megelőző időszakban a magyar államszervezet a hatalom egységének koncepciójára épült. A jogállamiság és a hatalommegosztás a rendszerváltást követően lett az Alkotmány fő államszervezési elve. Ennek megfelelően az alkotmányjogi jogszabályoknak a rendszerét is ezen rendező elveknek megfelelően kellett átalakítani.

Elmondható, hogy a rendszerváltást követően fokozatosan történt meg az államhatalmi ágakra vonatkozó joganyag újrakodifikálása, melynek utolsó lépcsőjében az igazságszolgáltatásra vonatkozó jogszabályok jogállami standardizálása történt meg. A dolgozat elején már utaltunk arra, hogy célunk a szűk terjedelmi keretek között a bírósági szervezetre vonatkozó reformok bemutatása, ismertetése. Abból indultunk ki, hogy szervezetszociológiaiilag az önálló szervezetnek három ismérve van:

- egységes belső struktúra,
- saját költségvetés,
- független irányítási rendszer.

A reform e három célkitűzésnek kívánt megfelelni. Az egységes belső struktúra kialakítása nem valósulhatott meg teljes mértékben, hiszen – bár a Legfelsőbb Bíróság szervezeti különállását és ezáltal a megkettőzött bírósági szervezetet a reform megszüntette – továbbra is megfigyelhető a bírósági szervezeten belül a Legfelsőbb Bíróság bizonyos fokú kívülállása a bírósági szervezeten, leginkább az igazgatás feletti felügyeleti jogkör vonatkozásában.

Ha tisztán a jogi szabályozást nézzük, akkor elmondható, hogy az igazságszolgáltatás mint szervezet saját költségvetése a reformmal megvalósult. Ténylegesen azonban az állapítható meg, hogy a szervezet érdekérvényesítése a költségvetés tárgyalása, elfogadása során nem megfelelő. Az érdekek érvényesítésének jogszabály által biztosított csatornái nem elégségesek. A végrehajtó hatalomtól való teljes elkülönülés érdekében tett azon

intézkedés, mely szerint a köztisztviselői és a bírói fizetések egymástól teljesen elkülönítve törvényben kerülnek megállapításra, üdvözölhető.

A reformelképzelések közül leginkább a független irányítási rendszer felállításában sikerült eredményeket felmutatni. Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács létrehozásával megvalósult a fejezet elején említett montesquieu-i gondolat, azaz a végrehajtó hatalom és a bírói hatalom egymástól teljes mértékben elválasztottak. Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács hatáskörének szélesre szabásával biztosították ezen igazgatási szerv működéséhez ténylegesen szükséges jogszabályi kereteket. A dolgozat tanulságaként azonban elmondhatjuk, hogy mind a szervezeti felépítés, mind a működés, mind az eddigi gyakorlati tapasztalatok azt mutatják, hogy a jogalkotó munkája nem érhet véget és esetleges jogszabály módosítással a szabályozást tovább lehet finomítani.

Felhasznált irodalom

- A magyar igazságszolgáltatás reformja* (Magyar Bírói Egyesület), Bírák Lapja 1993/2. sz.
 CSÁNK BÉLA: *A bírói függetlenség hazánkban és külföldön*. Bp., 1942.
 FÜRÉSZ KLÁRA: *Bírói függetlenség*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó Budapest, 1989.
 ILONCZAY ZSOLT: *A bírósági szervezeti reform szükségességéről és annak elemeiről*. Magyar Jog, 1992/12.sz., 738–748. p.
 KUKORELLI ISTVÁN (szerk.): *Alkotmánytan*. Osiris Budapest, 1998.
 LICHTENSTEIN JÓZSEF: *Adalékok a bírósági szervezet alkotmányos szabályozásához*. Emlékkönyv Kovács István születésének 70. évfordulójára, Act. Universitatis Szegediensis. Jur. et. Pol. 1991.
 NACSA BEÁTA: *A bíró, aki független és utasítható*. Magyar Jog 1992/7. sz.
 PETRIK FERENC: *15 kérdés 15 válasz a bírósági szervezet reformja köréből*. Magyar Jog 1990/11. sz.
 PETRIK FERENC: *Hol tart a bírósági reform?* Magyar Jog, 1997/6. sz.
 VASTAGH PÁL: *Igazságszolgáltatási reform – jogvédelmi rendszerünkben*. Magyar Jog 1997/12. sz.

ZOLTÁN KOMÁROMI

THE REFORM OF THE JUDICIAL SYSTEM AND THE
STATE JURISDICTION COUNCIL IN HUNGARY

(Summary)

After the 1998-th modification, the Hungarian Constitution defines the Hungarian Republic as a democratic constitutional state.

According to that the state organization building is based on the branches of power.

The appropriate transformation of different state power branches has happened in the last 10 years, so as the creation of the new state power organs.

The part of law which is attached to the judge's power became lastly re-controlled in 1997 from several statepower branches. That's why this study is mostly about that, especially about the changes of the court of the judicial organization.

The studie's main subject about the introduction of the State Jurisdiction Council which is a special organ of the administration of justice. The author would like to analyse the organ's precedents of the formation, the structure of it's constitution, it's power, and the practical experiences about it's work. At the end of this essay tries to give a conclusion which can be useful to the future – control.

KARL-HEINZ KREUTZ

Moralische Prinzipien der Außenpolitik

In einem Vernunftstaat würde es keine Außenpolitik, sondern nur eine Weltinnenpolitik geben,¹ aber bis es dahin kommt, ist die Regelung der Außenpolitik eine der wichtigsten und schwersten Aufgaben jeder moralischen Politik. Dies ergibt sich einerseits daraus, daß die Existenz eines Staates von äußeren Rahmenbedingungen abhängt, die sich schneller und unvorhersehbarer wandeln können als innere; andererseits sind die moralischen Prinzipien, die die Außenpolitik bestimmen, viel komplexer als diejenigen der Innenpolitik, gerade weil der Ausbruch von Gewalt, bei Fehlen eines gemeinsamen Richters mit Zwangsgewalt, näherliegt als im Innenverhältnis; die moralische Situation wird noch schwieriger, wenn die einander gegenüberstehenden politischen Verbände über keine gemeinsame Sittlichkeit verfügen.

Die unterschiedliche Natur von Innen- und Außenpolitik hat einige Theoretiker der internationalen Beziehungen dazu verleitet, die Außenpolitik als moralfreien Raum zu deuten, während in Wahrheit eine universalistische Ethik nur behaupten kann, daß aufgrund unterschiedlicher Rahmenbedingungen dieselben allgemeinen moralischen Prinzipien zu diversen konkreten Normen führen müssen.² Noch abwegiger ist die Auffassung, eine Moralisierung der Außenpolitik sei geradezu gefährlich, weil sie zu Kriegen führen könne. Der Schule der Realisten in der Außenpolitik verdanken wir wichtige Einsichten in die Mechanismen der politischen Welt, und auch die normativen Vorschläge, die sie machen, sind oft bedenkenswerter als die der abstrakten Moralisten, da man ohne korrekte deskriptive Prämissen nicht zu den richtigen konkreten Normen kommt. "In so gefährlichen Dingen, wie der Krieg eins ist, sind die Irrtümer, welche aus Gutmütigkeit entstehen, gerade die schlimmsten",³ schrieb v. Clausewitz im Jahre 1832. Klare Einsichten in die Natur moralischer Verpflichtungen sucht man bei den Realisten aber vergeblich. Hans Morgenthau "Politics Among Nations" gehört zu den großen Büchern dieses Jahrhunderts, aber zu viele seiner normativen und besonders seiner metaethischen Aussagen⁴ sind falsch und widersprüchlich.

Gerade in der modernen Welt, bei ihrer weitgehenden Globalisierung der wirtschaftlichen und ökonomischen Probleme, ist von einem gewissen Primat der

¹ v. WEIZSÄCKER, C.F.: *Bedingungen des Friedens*. Göttingen 1964, S. 9.

² Vgl. MAXWELL, M.: *Morality among Nations*. Albany, New York 1990, wo die wichtigsten Argumente für und gegen eine Moralisierung der Außenpolitik aufgezählt werden.

³ v. CLAUSEWITZ, C.: *Vom Kriege*. 28. Aufl., Bonn 1973 (erstmalig 1832), S. 192.

⁴ MORGENTHAU, HANS: *Abgrenzung von Moral und Politik*. 1980, S. 6.

Außenpolitik auszugehen, wenigstens für diejenigen Staaten, die über eine große Palette außenpolitischer Optionen verfügen, also die Groß- und Supermächte. Für diese ist eine isolationistische Politik, d.h. eine Politik, die auf eine aktive Außenpolitik verzichtet, moralisch nicht akzeptabel, weil sich Gerechtigkeit und Ordnung in der internationalen Politik noch viel weniger von selbst ergeben als auf einem Markt, der ja in eine mit Zwangsgewalt geschützte Rechtsordnung eingebettet ist. Wer Macht hat, muß sie zum allgemeinen Besten ausüben, wenigstens sofern sein Verzicht auf die Macht deswegen keine gangbare Alternative ist, weil er das Chaos vergrößern würde.

Gleichzeitig ist die Außenpolitik kratisch besonders schwierig, denn erstens muß sich, gerade bei einem mächtigen Staat, eine Politik auf interne Zustimmung stützen; die Bewohner anderer Staaten sind bei einem politisch souveränen Staat kein direkter Faktor der Macht des Machthabers. Da kollektive Identitäten durch die Absetzung von anderen Menschen und Nationen gefestigt werden können, ist es zweitens eine naheliegende Versuchung, durch die Schaffung oder Verschärfung äußerer Spannungen eine innere Krise zu überwinden.

1. Moralische Außenpolitik in Friedenszeiten

Die Vermeidung des Krieges ist die erste Aufgabe der Außenpolitik, allerdings nicht die einzige. Wer die Außenpolitik darauf begrenzte, würde sowohl zuviel als auch zuwenig fordern. Zuwenig, weil aktive Friedenspolitik mehr involviert als Kriegsvermeidung, da ein guter Außenpolitiker Chancen der positiven Zusammenarbeit zwischen den Staaten entdecken und ausnützen, ja da er langfristig einer Fusion von Staaten bzw. der Bildung supranationaler Organisationen vorarbeiten soll. Zuviel, weil es durchaus Situationen gibt, in denen dem Krieg aus dem Wege zu gehen bedeutet, das zu verlieren, was durch den Frieden bewahrt werden sollte, nämlich menschliches Leben. Werden grundlegende moralische Prinzipien verletzt, kann es eine sehr vernünftige Entscheidung sein, nicht um jeden Preis leben zu wollen, zumal wenn dies anderen Menschen die Gelegenheit verschafft, wieder in einer gesitteten, die Rechtsidee respektierenden Welt zu leben. Kaum eine Frage ist in einer moralischen Theorie der Außenpolitik wichtiger als die, wann ein Krieg gerecht ist oder, da der Krieg stets ein Übel ist, wann er wenigstens gerechtfertigt ist.

Wie ein guter Innenpolitiker sowohl die faktischen Machtverhältnisse im Inland kennen als auch über eine moralische Vision verfügen muß, so bedarf der tüchtige Außenpolitiker einer adäquaten Einschätzung der Machtverteilung im internationalen Kräftefeld wie auch einer Perspektive, auf welche Weise der internationale Status quo im Sinne moralischer Forderungen weiterentwickelt werden könnte. Seine moralischen Pflichten betreffen keineswegs nur die Bürger seines eigenen Staates: Diese Vorstellung ist auf universalistischer Grundlage scharf abzulehnen, auch wenn sich die Menschheit nur spät zur Anerkennung allgemeiner Menschenrechte erhoben hat.⁵ Die Ausbeutung eines anderen Volkes ist stets unrecht, und sie wird nicht gerecht dadurch, daß sie vom eigenen Volke gebilligt wird. Nur die subjektive Schuld wird gemindert, wenn man in einer Sittlichkeit lebt, die keine internationalen Gerechtigkeitsprinzipien

⁵ KONDYLIIS, PANAJOTIS: *Planetarische Politik nach dem Kalten Krieg*. Berlin 1992, S. 112–120.

anerkennt; keineswegs verschwindet das objektive Unrecht einer entsprechenden Politik. Allerdings läßt sich sagen, daß etwa eine aggressive Politik im Rahmen einer internationalen Sittlichkeit, die derartige Handlungen billigt, ja für selbstverständlich hält, insofern eine gewisse Rechtfertigung erhält, als im Kontext einer solchen Sittlichkeit der Angriff sehr leicht als Prolepse eines gegnerischen Angriffs gedeutet werden kann; und es ist in der Tat einzuräumen, daß der Staatsmann im Konfliktfall eine Verantwortung eher gegenüber dem eigenen Volke als gegenüber einer fremden Nation trägt. Das ergibt sich aus dem besonderen Vertrauensverhältnis, das ihn mit seinem Volke verbindet. In der Demokratie ist sein Amt ausdrücklich ein Auftrag, den er vom Volke erhalten hat, und selbst in monokratischen Staatsformen bezieht der Herrscher seine Legitimität daraus, daß er sich, wenigstens der Ideologie nach, in besonderer Weise um seine Untergebenen kümmert, die er verriet, wenn er ihre legitimen Interessen denjenigen anderer ohne äußeren Druck und ohne moralische Notwendigkeit opferte. Ein guter Außenpolitiker muß hart verhandeln können, aber nur im Rahmen dessen, was gerechterweise gefordert werden kann. In jedem Fall verdienen jene Politiker weitaus mehr Achtung, denen etwa eine Humanisierung des Kriegechts zu verdanken ist, von der alle Völker profitieren, als jene, die durch blutige Aggressionskriege ihr Staatsgebiet vergrößert haben.

a) *Auswärtige Kulturpolitik*

Da die Bewahrung einer Vielzahl von Kulturen gerade auf der Grundlage einer universalistischen Ethik moralisch geboten ist, gehören zu den wichtigen Aufgaben der Außenpolitik die Darstellung der eigenen Kultur und die Bemühung um ein Verständnis der Kulturen fremder Staaten. Es kann kein moralisches Ziel sein, die eigene kulturelle Identität aufzugeben, sofern und soweit sie nicht elementaren moralischen Prinzipien widerspricht, wie es umgekehrt keine vernünftige Zielsetzung einer Außenpolitik sein kann, sich von fremden Kulturen abzuschotten; denn das hieße, sich unfähig zu machen, von denen Errungenschaften möglichst viel zu lernen.

Allerdings kann es Konflikte zwischen den beiden Zielsetzungen der Selbstbewahrung und der Offenheit geben. Manche vormoderne Kultur konnte ihre eigene Sittlichkeit nur erhalten, indem sie sich der Auseinandersetzung mit anderen entzog. In solchen Situationen kann das Gebot der Selbsterhaltung eine Begrenzung der kulturellen Auslandskontakte legitimieren. Der Katholik Montesquieu hat in einigen Kapiteln von "De l'Esprit des lois",⁶ die manchen seiner Zeitgenossen ein Ärgernis waren, Verständnis für jene Staaten bekundet, die Missionare fremder, auch christlicher Staaten nicht zuließen, weil dies eine Destabilisierung der eigenen Gesellschaft zur Folge haben müsse. Doch ist dazu zweierlei zu sagen: Erstens ist es eines der Kriterien für erfolgreiche Entwicklung, wenn eine Kultur sich die Auseinandersetzung mit anderen erlauben und auf einem hohen Niveau vollziehen kann. Zweitens ist eine gewisse Angleichung der Kulturen Voraussetzung für eine reale Anerkennung völkerrechtlicher Normen; und so sehr Europa in seiner Geschichte darin gesündigt hat, daß es die eigene Kultur anderen Völkern, oft mit Gewalt, aufgepfropft hat, so naiv wäre es zu bestreiten, daß einer der Gründe für den euro-

⁶ MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*. 1748, 25.10 und 15.

päischen Erfolg die gemeinsame Religion war, über die der Kontinent verfügte und die die Zahl der Konflikte gemindert und diese entschärft hat.

Eine ideale auswärtige Kulturpolitik sollte gewiß auf Gegenseitigkeit basieren. Wenngleich sicher nicht alle Kulturen gleich viel geleistet haben, hat doch jede Kultur ein Gebiet, auf dem sie Beachtliches hervorgebracht hat, und der aufrichtige Wille, diese Werke zur Kenntnis zu nehmen und von den Werten der betreffenden Kultur zu lernen, schafft einerseits Vertrauen, gestattet andererseits die Vermittlung der eigenen Kultur, ohne daß dies als imperialistisch empfunden würde. In Anbetracht der Bedeutung der interkulturellen Dimension der Außenpolitik ist die Entscheidung derjenigen Staaten als klug zu bewerten, die gerne führende Intellektuelle als Botschafter zumindest bei jenen Staaten einsetzen, mit denen militärische Verwicklungen nicht zu befürchten sind.

Einerseits haben produktive interkulturelle Begegnungen einen geistigen Wert; sie haben oft genug die Kulturentwicklung gefördert, da in der Synthese von Unterschiedlichem das eigentliche Geheimnis der Kreativität besteht. Andererseits liegt der politische Nutzen des gegenseitigen kulturellen Verständnisses auf der Hand. Kriege entspringen nicht nur, aber auch der Angst vor dem Fremden. Daher ist es ein bedeutsamer Beitrag zur Friedenssicherung, Vorurteile und Klischees zu überwinden, die Logik dieses Fremden zu erklären, ja mehr noch: in ihm eine Form des menschlichen Strebens nach Wahrheit, Gerechtigkeit und Schönheit zu erkennen. Andererseits ist zu befürchten, daß nach dem Ende des Kalten Krieges die Aggressivität des Menschen sich an kulturellen Differenzen festmacht, so daß letztere – und nicht mehr Unterschiede im Wirtschaftssystem – zur Ursache von Konflikten und von Kriegen werden.⁷

Die Offenheit gegenüber anderen Kulturen kann nicht bedeuten, daß die Verletzung absoluter moralischer Prinzipien hingenommen wird. Die Menschenrechte sind universal gültig, und ihre Mißachtung durch andere Staaten ist zu kritisieren und keineswegs im Namen eines ethischen Realismus zu dulden. Auch die Begrenzung des Kulturaustausches sowie der wirtschaftlichen Beziehungen ist ein legitimes Druckmittel, um auf die Bedeutung der Menschenrechte hinzuweisen, allerdings nur sofern der betreffende Staat klare Zielsetzungen mit Stetigkeit verfolgt.

Allgemein hat eine an den Menschenrechten orientierte Außenpolitik folgende Prinzipien zu berücksichtigen. Erstens werden auch in einem Krieg grundlegende Güter geopfert; militärische Maßnahmen zur Durchsetzung der Menschenrechte sind daher nur selten angebracht, und sie dürfen nie zu viele Opfer kosten. Es wäre nicht nur äußerst unklug, sondern auch zutiefst unmoralisch, einen dritten und letzten Weltkrieg um der Menschenrechte willen zu riskieren, denn den Gefolterten und zu Unrecht Inhaftierten ist mit einem nuklearen Weltenbrand nicht geholfen.⁸ Auch bei der Entscheidung für Wirtschaftssanktionen muß sichergestellt sein, daß nicht gerade die Opfer des Systems diejenigen sind, die am meisten darunter leiden. In der Tat sind

⁷ Dies ist die bekannte These S. VON HUNTINGTON, S.P.: *The Clash of Civilizations?* in: *Foreign Affairs* 72/3 (1993), S. 22–49..

⁸ So hat schon Las Casas gegen das noch von Vitoria akzeptierte Argument, die Rettung unschuldiger Menschen vor ihrer Opferung durch die Azteken sei ein Rechtfertigungsgrund für die spanische Eroberung Amerikas, eingewendet, letztere habe unvergleichlich mehr Opfer zur Folge gehabt, als die Einheimischen zu verantworten gehabt hätten; Las Casas, Fr. B. de: *Tratados*, 2 Bde., Mexiko 1965, I S. 509.

zweitens stets die realen Interessen derjenigen zu berücksichtigen, die man mit der an den Menschenrechten orientierten Politik unterstützen will, nicht die Bedürfnisse der eigenen Wählerschaft nach moralischer Entrüstung. Drittens ist ein Sinn für die Hierarchie der Menschenrechte wesentlich, insbesondere für den implikativen Charakter mancher positivrechtlich als "Menschenrecht" bezeichneten Norm. Eine bessere Kenntnis der eigenen Geschichte würde häufig schon genügen, um zu begreifen, daß demokratische Mitbestimmungsrechte nicht auf jeder Entwicklungsstufe sinnvoll sind, während dagegen zur Tagesordnung gehörende Folter auf keiner Stufe legitim sein kann. Viertens sollte das Plädoyer für Menschenrechte den grundlegenden Normen der Ethik der Ethik nicht widersprechen. So sollte es zum einen von der Bereitschaft begleitet sein, bei der Institutionalisierung der eingeklagten Rechte Hilfe zu leisten, da allein dies beweisen kann, daß es einem nicht um die Demütigung der fremden Regierung, sondern um die Linderung von Leid geht. Zum anderen sollte der kritisierende Staat eigene Schwächen einräumen und zu verstehen geben, daß er für berechtigte Kritik offen ist. Schließlich sollte bei der Kritik an einer anderen Sittlichkeit immer wieder versucht werden, an die Werte anzuknüpfen, die in ihr schon anerkannt sind. Gewiß haben die Menschenrechte eine westliche Genese, aber wer an ihre transzendente Begründbarkeit glaubt, muß versuchen, Spuren von ihnen auch in anderen Kulturen zu entdecken.⁹ Insbesondere muß klargemacht werden, daß das Bestehen auf Prinzipien der Ethik nicht deswegen stattfindet, weil es – zufälligerweise – gerade die eigenen sind, sondern weil es die universalen sind, deren Beachtung in aller Interesse ist und die die bestmögliche Grundlage für den Respekt der Angehörigen fremder Kulturen darstellen. Eine bloße Oktroyierung selbst der höchsten moralischen Normen von außen ist aussichtslos, ja, sie wird auf heftigen Widerstand stoßen.

Die kulturelle Begegnung sollte sich, sofern das finanzierbar ist, nicht auf Kontakte zwischen den Eliten eines Landes beschränken. Internationale sportliche Wettbewerbe können dazu dienen, die gegenseitige Sympathie zu fördern und die menschliche Aggressivität in geordnete Bahnen zu kanalisieren; sie können freilich ebenso die primitivsten nationalen Instinkte aufputzen, bis hin zu Kriegen. Auch der Jugendaustausch kann ein wichtiges Mittel sein, schon früh Verständnis für die jeweils andere Kultur zu wecken.

b) Auswärtige Wirtschafts- und Umweltpolitik

Spätestens seit Montesquieus "De l'Esprit des lois" gehört zu den Grundgedanken des Liberalismus die Überzeugung, daß wirtschaftliche Interaktionen zwischen verschiedenen Staaten – im Idealfall der Freihandel – positiv zu bewerten seien. Für stabile Handelsbeziehungen sprechen nicht nur wirtschaftliche Gründe, sie haben auch eine pazifizierende Wirkung, weil sie beweisen, daß friedliche Kontakte in beiderseitigem Interesse sind. Gewiß gibt es Kriege aus wirtschaftlichen Gründen, etwa um die Kontrolle von Ressourcen, aber im allgemeinen haben die meisten Kaufleute ein Interesse an der Fortsetzung des Friedens, weil er den Handel erleichtert. Die

⁹ Ein derartiger Versuch findet in dem bemerkenswerten Buch von KÜHNHARDT, L.: *Die Universalität des Menschenrechts*. München 1987, leider zu wenig statt.

wechselseitige wirtschaftliche Verflechtung kann sogar so groß werden, daß ein Krieg gegeneinander faktisch gar nicht mehr möglich ist; die Europäischen Gemeinschaften wurden nach der Katastrophe der beiden Weltkriege auch aus diesem Grunde in die Wege geleitet.

Montesquieu hat zu Recht darauf hingewiesen, daß mit dem Aufkommen des Handelsgeistes Tugenden der traditionellen Welt wie Gastfreundschaft verschwinden¹⁰, aber wenn die Kehrseite jener Großzügigkeit die Ansicht war, man dürfe sich rauben, was man brauche, ist dieses Verschwinden hinzunehmen.

Gewiß bedeutet die Auslieferung an den Weltmarkt eine partielle Begrenzung der Souveränität des Staates, aber diese Begrenzung ist, sofern sie kontrolliert und wechselseitig erfolgt, ein wichtiges Ziel moralischer Außenpolitik. Die Globalisierung der Wirtschaft ist nicht rückgängig zu machen; die Beobachtung der wirtschaftlichen Entwicklung der Gastländer durch die ausländischen Vertretungen sowie die Weitergabe der entsprechenden Informationen an die wirtschaftspolitischen Entscheidungszentren zu Hause ist eine viel bessere Voraussetzung für eine intelligente und langfristige Wirtschaftsförderung als protektionistische Reaktionen. Daß bei der Unangemessenheit der Rahmenbedingungen der Weltwirtschaft der Welthandel furchtbaren ökologischen Schaden anrichtet, ist offenkundig, aber das spricht nur für eine Veränderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, nicht für eine grundsätzliche Beseitigung des Welthandels. Eine Umwelt-Außenpolitik¹¹ muß die auswärtige Wirtschaftspolitik begleiten. Die Begrenzung einerseits der Umweltverschmutzung, andererseits des Ressourcenverbrauchs muß in völkerrechtlichen Verträgen – etwa zwischen den Anrainerstaaten eines Meeres – ausgehandelt werden; ja, die Bildung einer eigenen internationalen Institution, die ökologische Grenzwerte setzt, ist unabdingbar.

Die Förderung des Handels geschieht einerseits durch Zollsenkungen, andererseits durch die Bekämpfung der nicht-tarifären Handelshemmnisse; zu letzteren gehören etwa mengenbeschränkende oder preispolitische Maßnahmen oder die staatliche Bevorzugung inländischer Produzenten. Ein System fester Wechselkurse ist ceteris paribus einem solchen flexibler Wechselkurse vorzuziehen, weil starke Wechselkurschwankungen einen dauerhaften Handel gefährden können; es setzt freilich eine finanzpolitische Abstimmung zwischen den betroffenen Staaten voraus, die bis zu einer Währungsunion gehen kann. Eine besondere Besteuerung der – sehr hohen – Gewinne aus Währungsspekulationen, wie es J. Tobin vorgeschlagen hat, ist nicht nur gerecht und als Einnahmequelle sinnvoll, sondern auch wegen ihrer Lenkungswirkung.¹² Zu erwähnen ist ferner die Weiterentwicklung des internationalen Privatrechts, das Konflikte zwischen Handelspartnern aus verschiedenen Ländern zu lösen gestattet. Die grundlegenden Prinzipien des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT bz. WTO) sind die Meistbegünstigung, die bilaterale Liberalisierungsfortschritte multilateral wirksam werden läßt, und die Nichtdiskriminierung, nach der zulässige Ausnahmen vom Verbot mengenmäßiger Beschränkungen

¹⁰ MONTESQUIEU. a.a.O., 20.2 (II 10)

¹¹ Zum Begriff vgl. v. WEIZSÄCKER, E.U.: *Erdpolitik*. Darmstadt 1989, S. 203 ff.

¹² Vgl. FELIX, D.: *The Tobin tax proposal. Background, issues and prospects*. in: The United Nations: Policy and Financing Alternatives, hrsg. von Cleveland, H./Henderson, H./Kaul, I., Washington 1995, S. 195–208.

für alle Partner gelten müssen. Damit soll garantiert werden, daß die Handelserleichterungen sich gleichmäßig auswirken und nicht zur Bildung neuer Blöcke führen. In der Tat ist das Großartige an der Idee des GATT ihr universalistischer Charakter – im Prinzip können alle Staaten dem Abkommen beitreten, das sich zwar nicht *de jure*, aber doch *de facto* längst zu einer internationalen Organisation verfestigt hat. Von den vom GATT anerkannten Ausnahmen zur Meistbegünstigungsklausel, die u.a. den Handel innerhalb von Zollunionen und Freihandelszonen betreffen, sind am interessantesten die Allgemeinen Zollpräferenzen der Industrieländer zugunsten der Entwicklungsländer, in denen auch auf das Prinzip der Reziprozität verzichtet wird – ihnen liegt die richtige Einsicht zugrunde, daß das Bestehen auf formaler Gleichheit bei massiver Ausgangungleichheit eine Ungerechtigkeit darstellt. Zwar darf man sich keinen Illusionen hingeben: Die scheinbar großzügige Vorzugsbehandlung der Entwicklungsländer findet nur in jenen Bereichen statt, in denen sie nicht wirklich konkurrieren können; aber immerhin drückt jenes Prinzip die Anerkennung eines komplexen Gerechtigkeitsbegriffes aus.

c) Entwicklungshilfe

Eine klassische Auffassung der Moral der Außenpolitik geht davon aus, daß moralische Pflichten im Außenverhältnis sich ausschließlich aus dem Eigeninteresse einer Nation, im Idealfall aus der Übereinstimmung der Interessen mehrerer Staaten ergeben. Nach dieser Position ist eine einseitige Leistung zugunsten einer anderen Nation nicht nur keine moralische Pflicht, sondern letztlich sogar ein Verrat am Interesse der eigenen Bevölkerung. So wurde eine materielle Ausgleichspflicht zwischen den Staaten ohnehin in der Vergangenheit, sie wird aber auch noch im derzeitigen Völkerrecht abgelehnt. Die im Rahmen der UNCTAD getroffene Absprache, die Industriestaaten sollten 0,7 % des Bruttosozialprodukts in die Entwicklungshilfe stecken, wurde nie als völkerrechtlich verbindlich angesehen und entsprechend auch kaum eingehalten. Allerdings ist diese Position mit einer universalistischen Ethik nicht kompatibel, insbesondere nicht mit der Anerkennung sozialer Grundrechte. Angesichts der faktischen Ungleichheit zwischen den Staaten entspricht jene Auffassung dem Grundfehler des extremen Wirtschaftsliberalismus, die Rechtsidee auf den Schutz gleicher Abwehrrechte im Rahmen des Status quo zu reduzieren. Dagegen ist es moralisch, ja naturrechtlich klar, daß alle Menschen ein Recht darauf haben, nicht zu verhungern, und nach der Anerkennung und Durchsetzung sozialer Grundrechte im Inneren der reichen Staaten ist die Verweigerung von Hilfe bei der Bekämpfung absoluter Armut im Ausland nicht einleuchtend.¹³ Mit der Ungleichheit der Staaten, die die Gegenwart kennzeichnet, kann man sich auch deswegen um so weniger abfinden, weil die Gleichheit einer der Grundwerte der Moderne ist und weil das Ausmaß der internationalen wirtschaftlichen Kooperation Ausgleichsmechanismen zwischen den Staaten in besonderem Maße moralisch dringend macht.

¹³ KLEIN, ECKART. *Universeller Menschenrechtsschutz – Realität oder Utopie?* in: EUGRZ 1999, S. 109–115, S. 109 ff.

Dennoch gibt es ein wichtiges, moralisch relevantes Argument für die unterschiedliche Behandlung von eigenen und fremden Staatsangehörigen, nämlich die schon mehrfach erwähnte Tatsache, daß die Vielheit der Staaten eine Bedrohung darstellt; und es kann schwerlich eine Pflicht sein, möglichen Feinden zu helfen. Man kann etwa von Israel vor einer Friedenslösung in Syrien nicht erwarten, daß es ein Land unterstützt, das es gleichzeitig bedroht.¹⁴ Aber dort, wo eine äußere Bedrohung nicht besteht und auch nicht zu erwarten ist, besteht eine Pflicht zur Hilfe fremder Staaten, um so mehr, wenn man eine konkrete Verantwortung für die gegenwärtige Lage trägt, z.B. als ehemalige Kolonialmacht. Eine derartige Hilfe könnte unter den Bedingungen der Moderne, bei zunehmender Verflechtung aller Staaten, zudem ein Beitrag zur Erhaltung eines dauerhaften Friedens, ja zur Bildung universalstaatlicher Strukturen sein, weil sie den Gedanken einer allgemeinemenschlichen Solidarität stärkt; sie ist also im wohlverstandenen Eigeninteresse. Daher ist sie durchaus mit allgemeinen Steuern zu betreiben, denn Frieden ist ein kollektives Gut.

Allerdings ist eine derartige Hilfe aus verschiedenen Gründen wesentlich schwieriger, als es zunächst erscheint, und zwar nicht nur, weil sie im Inneren nicht zu leicht zu vermitteln ist wie Umverteilungen zugunsten der Wähler. Erstens ist Entwicklungshilfe oft auch, oder sogar primär im Eigeninteresse; dies erlaubt es zwar, sie im eigenen Lande besser zu legitimieren, verwickelt sie aber gleichzeitig in ein Geflecht von Abhängigkeiten, die es nicht ohne weiteres glaubwürdig erscheinen lassen, daß die Entwicklungshilfe etwas anderes ist als eine Form verkappten Handels. So stehen etwa hinter einem Drittel der westlichen Entwicklungshilfe nach dem Zweiten Weltkrieg eindeutig egoistische Interessen.¹⁵ Diese können direkt wirtschaftlicher, aber auch militärischer oder ideologischer Art sein. Schon in der Antike spielten Zahlungen, aber auch ideologische Dienstleistungen entwickelterer Staaten, etwa des Römischen Reiches, an weniger entwickelte eine wichtige Rolle, um bestimmten außenpolitischen Zwecken vorzuarbeiten.¹⁶ Nun ist das Verfolgen von Zwecken an sich keineswegs schlecht; es kommt stets auf die konkreten Zwecke an. Aber der Verdacht drängt sich leicht auf, daß sie ausschließlich im Interesse des Geberlandes sind; und dieser Verdacht vergiftet leicht die Beziehungen; "Gabe" und "Gift" hängen bekanntlich etymologisch zusammen. Zweitens ist jede Hilfeleistung insofern problematisch, als sie einen Eingriff in die Autonomie des anderen darstellt und daher oft Abhängigkeiten, die sie überwinden wollte, vergrößern und die Fähigkeit zur Selbsthilfe lähmen kann. Da aber der moderne Begriff der Entwicklung auf dem Gedanken der Autonomie basiert, ist die pointierte Bemerkung Th. Kesselrings nicht unzutreffend, der Begriff der Entwicklungshilfe widerspreche sich geradezu selbst.¹⁷

Drittens kann die Einflußnahme durch eine entwickeltere Gesellschaft, sei sie noch so gut gemeint, die faktische Sittlichkeit der zu unterstützenden Gesellschaft tief erschüttern, und zwar um so mehr, je größer der Abstand zwischen beiden Gesellschaften ist. Einerseits ist eine derartige Erschütterung unvermeidlich, weil die tradierte Sittlichkeit in der Regel der tiefste Grund für die Unterentwicklung ist;

¹⁴ Vgl. DOYLE, M.W.: *Empires*. Ithaca/London 1986, S. 338 ff, bes. 342.

¹⁵ Vgl. LUMSDAINE, D.H.: *Moral Vision in International Politics*. Princeton, NJ 1993, S. 4.

¹⁶ Vgl. ALTHEIM, F.: *Entwicklungshilfe im Altertum*. Reinbek 1962.

¹⁷ KESSELRING, TH.: *Entwicklungshilfe – ethische Aspekte*. in: Leisinger, K.M./Höfle, V. (Hrsg.): *Entwicklung mit menschlichem Antlitz*, München 1995, S. 229.

andererseits ist nicht jede Erschütterung heilsam, weil sie die Selbstachtung vernichten kann, ohne die eine produktive Änderung nicht möglich ist. Eine exogen induzierte Moralität hat manchmal noch größere Schwierigkeiten als die endogen entstandene, von den Vertretern der alten Sittlichkeit akzeptiert zu werden, und zwar dann, wenn man dem Ausland mit Mißtrauen begegnet; gehört es hingegen zur traditionellen Sittlichkeit, daß man zu ihm aufblickt, dann hat es die von außen begünstigte Moralität umgekehrt leichter, weil sie auf die dort schon erfolgte Bewährung der neuen Vorschläge verweisen kann. Die Erschütterung der faktischen Sittlichkeit ist, wie gesagt, deswegen unvermeidlich, weil kaum ein Zweifel daran bestehen kann, daß oft nicht so sehr der Mangel an Ressourcen und die koloniale Vergangenheit das Haupthindernis für eine Entwicklung sind als vielmehr bestimmte Mentalitäten, schlechte Verfassungen und unfähige und korrupte Regierungen. Wie aber deren Kritik bei gleichzeitiger Anerkennung des völkerrechtlichen Prinzips der souveränen Gleichheit möglich sein soll, ist das vierte Problem. Im Grunde wird dieses Prinzip durch jede asymmetrische Beziehung verletzt, und jede Hilfe konstituiert eine solche Relation. Zwar wird Hilfe gerne gesehen, aber ihre Kehrseite, das Vorschreiben von Konditionen, gilt als ungerechtfertigt. Dennoch ist unschwer zu begreifen, daß die Auflage von Bedingungen legitim sein kann; es hängt von ihrem Inhalt ab.

Nicht auszuschließen ist auch, daß es einige Länder gibt, die nicht in der Lage sind, sich selbst unter den Bedingungen der Moderne zu verwalten. So wie prima facie ein Verbot der Intervention gegen den Willen eines Staates besteht, so gibt es für reichere und besser organisierte Staaten eine Pflicht, eine Art politische Vormundschaft für unterentwickelte Staaten zu übernehmen, wenn diese darum bitten, auch wenn eine solche Übernahme Umverteilungen aus dem eigenen Land zugunsten der Ärmern des anderen Landes zur Folge hat, denn das einzige Argument gegen derartige Umverteilungen, die etwaige Bedrohung durch einen auswärtigen Staat, ist hier nicht stichhaltig. Auch wenn eine derartige Asymmetrie möglichst kurz dauern sollte, ist sie doch dann moralisch akzeptabel, wenn sie der einzige Weg ist, eine größere Symmetrie zu erreichen, oder wenn sie letztlich zu einer Union gleichberechtigter Gliedstaaten führen soll. Vertikale Verantwortlichkeit ist besser als horizontale Gleichgültigkeit gegenüber massivster materialer Ungleichheit, die mit formaler Gleichheit durchaus kompatibel ist. Wenn derartige Mandats- oder Treuhandgebiete von der Völkergemeinschaft einvernehmlich eingerichtet werden, ist gegen sie moralisch nichts, gegen die Weigerung reicher Staaten, ihre Verwaltung zu übernehmen, hingegen viel einzuwenden. Sie entspricht, wenn auch auf der Ebene der Unterlassung, dem Wunsch der reicheren Gebiete eines Staates nach Sezession.

2. Gerechte Kriege

Keine Entscheidung darf einem Staatsmann schwerer fallen als die zu einem Krieg bzw. Bürgerkrieg. Besonders unheimlich am Krieg ist die Alterierung der zwischenmenschlichen Beziehungen. Personen, die vorher gute Bekannte waren, können plötzlich in die Situation kommen, einander erschießen zu müssen; die Macht der

Maschinerie vernichtet jede unmittelbare Herzlichkeit gegenüber den Mitmenschen.¹⁸ Dennoch ist das gute Gewissen, mit dem Kriege meist geführt werden, nicht immer unbegründet, denn es gibt gerechte Kriege, und man kann auch dadurch schuldig werden, daß man nicht zu den Waffen greift.

Kaum eine Frage der Politischen Philosophie ist so schwer zu beantworten wie die, wann ein Krieg gerecht ist, und bei kaum einer anderen ist die persönliche Schuld jener Intellektuellen größer, die sich mit einer leichtfertigen Antwort begnügen. Die Antwort kann sich nicht einfach an den Bestimmungen des geltenden Völkerrechts orientieren, auch wenn sie natürlich zu berücksichtigen sind, aber das positive Völkerrecht ist ebensowenig wie anderes positives Recht der letzte Maßstab der Moral. Einerseits waren die meisten Angriffskriege auch zu einer Zeit unmoralisch, als sie das Völkerrecht noch nicht ausschloß, andererseits sind Maßnahmen zur Verteidigung der eigenen Existenz in der Regel auch dann berechtigt, wenn sie positivem Völkerrecht widersprechen. Solange die Völkergemeinschaft z.B. nicht in der Lage ist, die Existenz eines Staates zu garantieren, kann sie ihm nicht das Recht zur Selbstverteidigung und zu den dafür erforderlichen Maßnahmen absprechen.

Glücklicherweise haben sich manche bedeutenden Denker mit der Theorie des gerechten Krieges beschäftigt,¹⁹ insbesondere gehört es zu den unsterblichen Leistungen des Christentums, im Mittelalter und dann besonders in der frühen Neuzeit eine beeindruckende Lehre vom gerechten Krieg vorgelegt zu haben. So ist die Einteilung der Kriterien für einen gerechten Krieg nach Kriegsgrund, Kriegführung und Nachkriegspolitik schon bei Francisco de Victoria zu finden,²⁰ und sie ist, da sie den drei Zeitmodi entspricht, so einleuchtend, daß sie den folgenden Erörterungen zugrunde gelegt wird. Die beiden ersten Gesichtspunkte, die das *ius ad bellum* und das *ius in bello* betreffen, sind nur scheinbar wichtiger als der dritte, der in modernen Werken häufig vernachlässigt wird, so in Michael Walzers Buch,²¹ der bedeutendsten neueren Studie zu dem Thema, die durch einen klaren kategorialen Zugriff ebenso beeindruckt wie durch die Fülle an geschichtlichen Beispielen.

Es folgt unmittelbar aus dem Begriff des gerechten Krieges, daß nicht beide Seiten einen gerechten Kriegsgrund haben können; denn derjenige, gegen den ein gerechter Kriegsgrund besteht, hat eine moralische Pflicht, bezüglich der gegen ihn erhobenen Forderung, die gegebenenfalls mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, nachzugeben. Kriege kann es nur geben, wenn mindestens eine Seite ungerecht handelt; ansonsten müßte man die These vertreten, daß auch in einer Welt, die nur aus gerechten Menschen besteht, diese in die Situation kommen könnten, einander töten zu müssen. Die Lehre vom gerechten Krieg gefährdet keineswegs die Ritterlichkeit des Kriege, sondern stellt ganz im Gegenteil eine Garantie dafür dar, daß man einen Krieg nicht beginnt, nur weil er im Interesse des eigenen Staates ist, denn die Gerechtigkeit des Krieges hängt unter anderem von der Gerechtigkeit der Kriegführung ab. Zudem

¹⁸ Vgl. die Schilderung der Erschießungen bei TOLSTOI, L.N.: *Krieg und Frieden*, Frankfurt a. M. 1953 f., IV, 1, 11, an der besonders beachtlich ist, daß Tolstoy für die Henker nicht minder Mitleid empfindet als für die Opfer, weil auch die Henker nur Rädchen im Getriebe der Verhältnisse sind.

¹⁹ Das Gefühl, daß Kriege einer besonderen Rechtfertigung bedürfen, haben viele Völker gehabt, in besonders ausgeprägtem Maße die Römer.

²⁰ VICTORIA, FRANCISCO DE: *De Indis recenter inventis et de iure belli Hispanorum in barbaros relectiones*, hrsg. von W. Schätzel, Tübingen 1952, S. 170.

²¹ WALZER, MICHAEL: *Just and unjust wars*, New York 1977.

ist mit der Lehre, daß nur eine Seite einen gerechten Krieg führen könne, dreierlei kompatibel: Erstens kann es natürlich Kriege geben, die von beiden Seiten aus ungerecht sind. Zweitens bedeutet die objektive Ungerechtigkeit eines Krieges keineswegs schon eine subjektive Schuld des auf der falschen Seite Kämpfenden, nicht einmal notwendig der Politiker, die die Entscheidung für den Krieg getroffen haben, weil diese teils in einer unmoralischen Sittlichkeit, teils in irrigen Annahmen über aggressive Absichten der Gegenseite befangen sein können: Putativnotwehr gibt es zwischen Individuen wie zwischen Staaten. A fortiori gibt es noch seltener eine moralische Schuld der Befehlsempfänger. Offiziere können nicht für die Kriegserklärung verantwortlich gemacht werden, allerdings durchaus für jene Verletzungen des *ius in bello*, die sie angeordnet haben. Soldaten, die derartige Befehle befolgen, können, wenn schwerste Strafen bei Kriegsdienst- oder Befehlsverweigerung drohen, sich zudem auf weitgehende Schuld minderungsgründe berufen. Gelangt aber jemand nach gewissenhafter Prüfung zu der Überzeugung, sein Staat führe einen ungerechten Krieg, hat er, sofern möglich, die Pflicht, den Kriegsdienst zu verweigern, ja das moralische Recht, sich auch auf widerrechtlichem Wege auf die andere Seite zu schlagen. Drittens ist das Urteil über die Gerechtigkeit eines Krieges insofern komplex, als mehrere Faktoren eine Rolle spielen, die keineswegs notwendig miteinander verknüpft sind. Das Opfer einer Aggression mag das *ius in bello* systematisch verletzen; der Aggressor mag ritterlich kämpfen; ein siegreiches Opfer kann eine unverantwortliche Nachkriegspolitik verfolgen. Auch kann die Gerechtigkeit eines Verteidigungskrieges aufgrund der Kriegführung verlorengehen, so daß man nicht wünschen kann, daß das Opfer siegt, weil es ungerechte Friedensbedingungen diktieren würde. In einem solchen Fall handelt es sich eben um den Fall eines beiderseits ungerechten Krieges. Allerdings geht es immer um die Abwägung des von beiden Seiten begangenen Unrechts. Viel schwieriger ist die moralische Bewertung jener, die auf ritterliche Weise in führender militärischer Stellung, aber ohne politische Entscheidungsgewalt in einem ungerechten Krieg gekämpft haben.

a) Gerechte Kriegsgründe

Die mit Abstand wichtigsten unter den moralischen Kriegsgründen sind Notwehr und Nothilfe. Aus ihnen ergibt sich unmittelbar die Legitimität einer Verteidigungspolitik, die den Zweck verfolgt, Angriffe abzuwehren bzw. möglichst durch deutliche Abschreckung und ausdrückliche Warnungen zu verhindern; denn die konkrete Gewaltanwendung sollte immer nur *ultima ratio* sein. Es ist sehr unplausibel, nur Privaten ein Recht zur Selbstverteidigung zuzugestehen, nicht aber Staaten, denn Staaten vertreten die Interessen von Privaten. Man könnte allenfalls einwenden, das moralisch Problematische an der Selbstverteidigung eines Staates sei die Wehrpflicht, da auch Personen, die selbst nicht unmittelbar bedroht seien, gezwungen würden, ihr Leben einzusetzen. Der Einwand ist nicht von der Hand zu weisen, doch kann man ihm entweder durch die Abschaffung der Wehrpflicht oder durch die Gewährung eines Rechts zur Emigration begegnen. Ein Notwehrrecht besteht im allgemeinen schon dann, wenn die Grenzen des eigenen Staats mit Gewalt überschritten werden, denn der moderne Staat ist wesentlich durch Territorialität bestimmt, ohne die die einzelnen Individuen nicht wirksam geschützt werden können.

Das Recht zur Selbstverteidigung impliziert keineswegs, daß jeder Staat eine Pflicht hätte, sich bis zum letzten Mann gegen Aggressionen zur Wehr zu setzen. Ganz im Gegenteil sollte eine realistische Hoffnung bestehen, das politische Ziel, das man sich gesetzt hat, zu erreichen, das Mittel der Gewaltanwendung sollte dazu erforderlich sein und es sollte möglichst in einem Verhältnis zu dem drohenden Übel stehen.²² Um zu entscheiden, ob diese Bedingungen erfüllt sind, muß das Militär gehört werden, das oft Risiken nüchterner einschätzt als die zivilen Politiker, auch wenn die Gewichtung der politischen Ziele nicht seine Aufgabe ist. Was die Erforderlichkeit betrifft, so kann es Fälle geben, in denen allein durch wirtschaftliche Sanktionen Dritter der Aggressor zu einem Rückzug zu bewegen ist; doch kann trivialerweise der unmittelbar Angegriffene nicht mit ihnen drohen, und auch die Dritten sollten verhindern, daß der Aggressor in der Zwischenzeit strategische Vorteile erlangt, die seine Stellung unanfechtbar machen.

Leichter als der Verzicht auf eine sinnvollerweise mögliche Notwehr ist die Verweigerung zwischenstaatlicher Nothilfe zu vertreten, denn der Einsatz des Lebens eigener Staatsbürger ist eine so schwierige Entscheidung, daß man jene Staatsmänner nicht ohne weiteres verdammen darf, die von dem Unrecht, das anderswo in der Welt geschieht, die Augen abwenden. Eine solche Reaktion ist besonders verständlich, wenn das angegriffene Land die Mitschuld an seiner Situation trägt, oder wenn kein Anlaß zu der Annahme besteht, es würde in einer entsprechenden Lage selbst Nothilfe leisten. Moralisch geradezu geboten ist eine zurückhaltende Politik, wenn ein Eingriff selbstmörderisch wäre. Allerdings gibt es zwei Situationen, in denen die Weigerung, Nothilfe zu leisten, moralisch kaum gerechtfertigt werden kann. So versteht es sich erstens von selbst, daß vertragliche Verpflichtungen einzuhalten sind, jedenfalls solange der eigene Bündnispartner keinen ungerechten Krieg führt; zudem besteht eine moralische Pflicht, Institutionen kollektiver Selbstverteidigung wie dem Völkerbund oder den Vereinten Nationen beizutreten und dann auch an ihren friedenserhaltenden und friedensschaffenden Maßnahmen teilzunehmen. Zweitens ist die Nothilfe im allgemeinen dann ein Gebot der Klugheit und der Verpflichtungen gegenüber dem eigenen Volke, wenn sie eine präventive Notwehr darstellt.

Eine klassische und zugegebenermaßen nicht leicht zu beantwortende Frage an die Vertreter der Theorie des gerechten Krieges betrifft den Präventivkrieg. Versteht man darunter die Vorwegnahme eines unmittelbar bevorstehenden, in Vorbereitung befindlichen, etwa mittels eines Ultimatums angekündigten Angriffs zu dem Zwecke, sich strategische Vorteile zu verschaffen, läßt sich an seiner Gerechtigkeit kaum zweifeln, auch wenn es kratisch klug sein kann, den Angriff abzuwarten, um der ganzen Welt zu zeigen, daß man selbst das Opfer ist; die Mobilisierung von Sympathien kann manchmal die militärischen Verluste durchaus aufwiegen. Allerdings ist der äußere Vorgang des Kriegsbeginns nur eine prima-facie-Evidenz für Aggression, nicht das letzte Kriterium.²³ Der terminologische Vorschlag ist erwägenswert, in einem solchen Fall von "präventiver Verteidigung" zu sprechen und unter "Präventivkrieg" die Antizipation möglicher späterer Angriffe zu verstehen, die aufgrund einer abweisenden Gesinnung der Gegenseite vermutet werden. Bei dieser Definition kann

²² So auch HARE, J.E./JOYNT, C.B.: *Ethics and International Affairs*. London/Basingstoke 1982, S. 57 ff.

²³ Dies ist auch im positiven Völkerrecht anerkannt; vgl. VERDROSS, A./SIMMA, B.: *Universelles Völkerrecht*. 3. Aufl., Berlin 1984, S. 288 f.

allerdings, je nach Möglichkeitsbegriff, nahezu jeder Krieg als Präventivkrieg ausgegeben werden.²⁴ Der Machtbesessene kann sich leicht einreden, alle Kriege bis zur Erringung der Weltherrschaft seien Präventivkriege. Um so dringlicher ist es, zwischen "präventiven Verteidigungskriegen" und "präventiven Angriffskriegen" zu unterscheiden, wenn man über eine ethisch brauchbare Sprache verfügen will; denn mit kaum einem Wort ist größerer Mißbrauch getrieben worden als mit "Präventivkrieg".

Gegen bloß mögliche Bedrohungen ist nur eines statthaft, nämlich Vorbereitung auf den Kampf durch Allianzen und Aufrüstung. Diese Drohung dient dem Zweck der Verhinderung des Krieges und ist daher gerechtfertigt, solange sie einhergeht mit der Bereitschaft zu wechselseitiger Abrüstung, zur Beschränkung auf reine Defensivwaffen, zu vertrauensbildenden Maßnahmen und zur Bildung von Organisationen kollektiver Sicherheit. Zu den vertrauensbildenden Maßnahmen im weiteren Sinne gehören in Friedenszeiten auch geheimdienstliche Aktivitäten, da diese gleichsam eine Form von Publizität in die internationalen Beziehungen bringen und die Angst vor dem Gegner beträchtlich mindern können.²⁵

Allerdings ist hinsichtlich der Lehre vom Präventivkrieg zuzugeben, daß es schwierige Grenzfälle gibt, von denen die Gefährdung des Gleichgewichts der Mächte wohl der wichtigste ist.²⁶ Beginnt die Bemühung um eine hegemoniale Stellung mit Angriffen auf kleinere Staaten, so haben diese ein Notwehr- und die anderen ein Nothilferecht, dessen Wahrnehmung in ihrem eigenen Interesse ist, denn die Einverleibung der kleineren Staaten stärkt den Aggressor für die Auseinandersetzung mit den größeren Nachbarn.

Die freiwillige Fusion zweier Staaten kann jedoch keinen Kriegsgrund liefern. Wenn ein Universalstaat das Ziel der Geschichte ist und wenn gleichzeitig die gewaltsame Bildung eines solchen zumindest unter den Bedingungen der Moderne nicht statthaft sein kann, dann kann es zur freiwilligen Fusion einzelner Staaten keine Alternative geben, zumindest wenn man sich nicht der Illusion hingibt, daß sich gleichzeitig alle Staaten zu einem Universalstaat vereinen würden. Zwar ist es politisch klug, denjenigen, die nicht an einer Fusion beteiligt sind, Garantien zu geben und insbesondere ihnen wenigstens mittelfristig einen Anschluß anzubieten; aber ein Vetorecht konnten die anderen europäischen Länder gegen die deutsche Wiedervereinigung ebensowenig haben wie Rußland gegen die Osterweiterung der Nato. Doch selbst wenn diese Gebote der Klugheit nicht erfüllt würden, erhielte die Gegenseite noch kein *ius ad bellum*, auch wenn es verständlich wäre, wenn die Staatsbürger des angegriffenen Staates, sollte es wegen einer Übermacht zu einem militärischen Schlag gegen ihn kommen, gegen die verfehlte Politik ihrer Regierung eine fast so starke Abneigung empfinden wie gegen die Aggressoren. Ein *ius ad bellum* gibt es selbst dann nicht, wenn die Erringung einer hegemonialen Stellung durch den durch Fusion entstandenen neuen Staat unvermeidlich ist, wenigstens solange dieser die anderen

²⁴ Darauf laufen HEGELS: *Ausführungen in der "Rechtsphilosophie" hinaus*. Werke in zwanzig Bänden, Frankfurt a.M.: 1969–1971., Bd. 7, §§ 335 f., S. 500 f.

²⁵ Manchmal können sie aber auch steigen und gerade dadurch nützlich sein. So berichtet HERODOT VII, S. 147 f., Xerxes habe drei aufgegriffene griechische Spione nicht nur begnadigt, sondern ihnen auch noch sein ganzes Heer zeigen lassen.

²⁶ Ein anderer betrifft die Aufrüstung mit Massenvernichtungsmitteln.

Staaten nicht direkt angreift, denn die Existenz eines Hegemons ist ebenso wie das Gleichgewicht der Mächte ein möglicher Garant des Friedens,²⁷ und auch wenn der einem Hegemon geschuldete Frieden mit bedeutenden Einschränkungen für die anderen Staaten einhergeht, kann er besser sein als eine Phase blutiger Kriege. Für vergangene Zeiten läßt sich sogar die These vertreten, daß eine aggressive, auf Erringung einer hegemonialen Stellung ausgerichtete Außenpolitik einen Beitrag zu einem langfristigen Frieden darstellen und sich als solchen verstehen konnte.²⁸ Wenigstens galt dies, solange der Aufstieg zur hegemonialen Rolle aufgrund der Unachtsamkeit der anderen und diverser Wechselfälle relativ leicht und unblutig vor sich gehen konnte. Aber wenn auch einige Aggressionen der Vergangenheit vielleicht entschuldigt werden können, ist die Zeit legitimer Expansion endgültig vorbei, seitdem sich die Menschheit zum Gedanken kollektiver Sicherheitssysteme erhoben hat.

Fraglich ist, ob auch die innenpolitische Struktur der kriegführenden Staaten ein Kriegsgrund sein kann. Das noch geltende positive Völkerrecht lehnt Interventionen, die nicht als Notwehr oder Nothilfe gedeutet werden können, aufgrund des Prinzips der Nicht-Einmischung in innere Angelegenheiten ab.²⁹ Zwar spricht für dieses Prinzip, daß es erstens die Zahl der Konflikte mindern kann, daß zweitens Eingriffe von außen häufig kontraproduktiv sind und daß sie drittens fast immer nur in schwachen Staaten erfolgen können, nicht hingegen in den brutalsten, weil kräftigsten Unterdrückerstaaten. Aber die Auffassung, daß jenes Prinzip einen intrinsischen Wert habe oder gar absolut gelte, ist abwegig.³⁰ Die meisten Prinzipien des neuzeitlichen Völkerrechts ergeben sich aus der Übertragung zivilrechtlicher Prinzipien auf Staaten, die gleichsam den Platz von Personen einnehmen; dem Respekt der Autonomie des einzelnen entspricht das Prinzip der Nichteinmischung. Aber es ist unschwer zu sehen, daß der Parallelismus von der Wahrheit abführt. Denn zwar ist Selbstschädigung, auch wenn die nicht grundsätzlich zulässig ist, doch naturrechtlich wesentlich weniger problematisch als die Schädigung eines anderen, aber um letztere geht es, wenn die Exekutive eines Staates die eigene Bevölkerung mißhandelt. Gewiß handelt es sich dabei um eigene Staatsangehörige, aber doch um andere Menschen; und ihnen gegenüber besteht kein naturrechtliches Recht auf Mißhandlung, wohl aber ein Nothilferecht angesichts der Verletzung ihrer Menschenrechte.³¹ Freiwillige Assoziationen muß man in der Regel deswegen respektieren, weil sie aus der Assoziationsfreiheit des einzelnen entspringen, aber Staaten sind im allgemeinen keine freiwilligen Assoziationen.³²

Nur Staaten, die elementare naturstaatsrechtliche Prinzipien anerkennen, haben einen Anspruch auf die Respektierung ihrer Entscheidungen und auf den grundsätzlichen Verzicht auf jede Intervention. Die Absetzung eines blutrünstigen Tyrannen, der

²⁷ Vgl. die Unterscheidung dreier Typen des Friedens nach GLEICHGEWICHT: *Hegemonie und Imperium bei Aron, Frieden und Krieg*. Frankfurt a.M. 1963, S. 182 ff.

²⁸ Im 20. Jahrhundert hat Mao Tse-tung die These vertreten, der bevorstehende, unbarmherzigste aller Kriege diene der Abschaffung des Kriegeres..

²⁹ Dieses Prinzip ist in Art. 2,7 der Charta der Vereinten Nationen anerkannt, doch rechtfertigte die Resolution 688 des Sicherheitsrates vom April 1991 die humanitäre Intervention.

³⁰ Vgl. WALZER, a.a.O., S. 86 ff.

³¹ Daraus ergibt sich auch die Moral des Weltrechtsprinzips im Strafrecht.

³² Vgl. BEITZ, CH. R.: *Political Theory and International Relations*. Princeton 1979, S. 77; RAWLS, JOHN: *The law of peoples*. in: *On Human Rights*, ed. by St. Shute und S. Hurley, New York 1993, S. 41–82 und S. 220–230, S. 221 f.

sein eigenes Volk oder auch nur eine Minderheit mordet, durch eine fremde Macht kann dagegen schwerlich als ungerecht angesehen werden. Zwar ist es oft, vielleicht sogar meistens ein Gebot der Klugheit, von derartigen Aktionen abzusehen, und das Argument hat einiges für sich, ein Volk müsse erst durch einen Aufstand gezeigt haben, daß es selbst für seine eigene Freiheit zu kämpfen bereit sei, da die politischen Tugenden, deren eine freiheitliche Verfassung bedarf, nicht von außen oktroyiert werden können.³³ Aber das ändert nichts daran, daß der Vernichtung einer Bevölkerungsgruppe durch ihre legale Regierung untätig zuzuschauen weder die Betroffenen selbst noch irgend jemand im Innern oder im Ausland eine naturrechtliche Verpflichtung hat; und man kann nicht auf legitime Hilfe dort, wo sie möglich ist, nur deshalb verzichten, weil es Fälle gibt, in denen sie unmöglich ist, und weil man selbst dort, wo sie im Einzelfall möglich wäre, nicht allen Unterdrückten helfen kann.

Man versucht zwar bei Interventionen immer wieder dahingehend zu argumentieren, die Innenpolitik des entsprechenden Landes gefährde mittelfristig auch seine Nachbarn, und es ist sicher richtig, daß innere und äußere Aggressivität oft Hand in Hand gehen. Dennoch ist dieses Argument irreführend, auch wenn es bei dem gegenwärtigen Völkerrecht naheliegenderweise angeführt werden muß, wenn man eine Intervention zu rechtfertigen versucht, und daher eine wichtige strategische Rolle spielt. Es gibt erstens genügend Staaten, in denen sich die Machthaber mit der Niedermetzlung ihrer eigenen Bevölkerung durchaus begnügen würden, wenn man sie ließe, und die klein genug sind, um die Befürchtung auszuschließen, sie könnten andere Staaten angreifen, doch auch ihnen gegenüber besteht ein Naturrecht auf Intervention, von dem um so eher Gebrauch gemacht werden sollte, als dies angesichts ihrer Kleinheit weitgehend ohne Risiko möglich ist. Und zweitens ist selbst bei großen Staaten die Gefährdung der Nachbarn stets nur eine Möglichkeit; präventive Angriffskriege sind aber, wie wir gesehen haben, unmoralisch.³⁴ Auch die völkerrechtliche Selbstverpflichtung eines Staates zum Schutze der Menschenrechte ist keine notwendige Bedingung für die Legitimität einer Intervention gegen ihn, wenngleich sie diese erhöht.

Natürlich können Interventionen nur dann gerechtfertigt sein, wenn von der legalen Regierung die grundlegendsten Menschenrechte verletzt werden, also eine große Zahl Menschen ermordet oder versklavt wird; die militärische Intervention muß ferner erforderlich sein, um jene Menschen zu retten, Aussichten auf Erfolg haben, und ihre moralischen Kosten müssen in einem Verhältnis zu dem gewünschten Resultat stehen. Die moralische Rechtfertigung einer Intervention ist, *ceteris paribus*, noch leichter, wenn ein Bürgerkrieg tobt oder gar nur noch Anarchie herrscht; im letzteren Fall besteht gar kein Staat mehr, dessen Rechte verletzt würden. Ein zusätzliches Argument für eine Intervention ist eine erfolgreiche und moralisch legitime Sezession eines Teilgebietes. Zwar sind bei weitem nicht alle Sezessionen zu rechtfertigen, sondern nur die aus einem Unrechtsstaat, wenn aber gegen einen solchen grundsätzlich interveniert werden darf, dann *a fortiori* gegen einen Unrechtsstaat, von dem sich ein Teil der Bevölkerung schon zu lösen begonnen hat. Am besten ist in einem solchen Fall die Anerkennung des neuen Staates, dem man dann im Rahmen

³³ Vgl. hierzu MILL: *Considerations on Representative Government*, 1972, S. 173.

³⁴ KLEIN: a.a.O., S. 112.

der Nothilfe zu Hilfe kommen kann. Eine Intervention ist ferner eher zu rechtfertigen, wenn sie die Antwort auf die ungerechte Intervention eines anderen Staates darstellt.

Es ist nicht auszuschließen, daß man in Zukunft auch ökologisch begründete Interventionen diskutieren wird.³⁵ Sie haben eine merkwürdige Zwischenstellung zwischen den humanitären Interventionen und der Selbstverteidigung, denn bestimmte Formen der Umweltvernichtung wirken sich keineswegs nur auf den Staat aus, in dem sie vorgehen, sondern auf die ganze Welt; man denke an weitgehende Klimaveränderungen aufgrund der CO₂-Emissionen. Ein Land, das befürchten muß, durch einen Anstieg des Meeresspiegels überschwemmt zu werden, scheint zur Abwehr dieser Bedrohung mindestens ebenso sehr ein Recht auf Selbstverteidigung zu haben wie ein Land, das angegriffen wird und "nur" Gefahr läuft, seine politische Selbständigkeit zu verlieren. Allerdings hat der bedrohte Staat nur dann ein Recht, sich über die Umweltzerstörungen eines anderen zu empören, wenn er sich selbst an den ihm zustehenden Umweltraum hält und überproportionale Kosten der Umwelterhaltung in dem anderen Land mitzutragen willens ist; es ist aber durchaus zu befürchten, daß die zu derartigen Interventionen befähigten Staaten gerade die größten Umweltsünder sein werden. Zweitens müssen derartige Maßnahmen, sofern die fragliche Umweltzerstörung alle oder die meisten Staaten betrifft, von der Weltgemeinschaft sanktioniert sein; kein Staat darf bei einer Frage, die keineswegs ihn allein angeht, das Recht in die eigene Hand nehmen. Es bedarf nicht besonderer Hervorhebung, daß mehr noch als in den anderen Fällen Gewaltanwendung hier nur das allerletzte Mittel sein kann, dem lange Verhandlungen vorausgegangen sein müssen.

Geht man die genannten Kriterien durch, so wird man finden, daß es nicht viele legitime Interventionen gibt. Noch seltener werden die Fälle sein, in denen eine an sich gerechte Intervention dem eigenen Volk zugemutet werden kann.³⁶ Nicht zu rechtfertigen ist die militärische Intervention einer "höheren" Kultur in eine weniger entwickelte bloß aufgrund des Entwicklungsgefälles. Selbst gegenüber als Jägern und Sammlern lebenden Völkern gibt es kein generisches Recht auf Landnahme, so richtig es auch ist, daß die höhere Kultur wesentlich mehr Menschen zu ernähren vermag. Lediglich wenn die neuen Siedler den Eingeborenen den Status quo an Lebensmitteln und ein Überleben der zentralen Bestandteile ihrer Kultur garantieren, könnte eine derartige These diskutiert werden, zumal wenn sich die Auswanderer selbst in einer Notlage befinden und zu Hause nicht ernährt werden können, denn eine Invasion, um zu überleben, ist zu entschuldigen und sogar zu rechtfertigen, wenn den Angegriffenen das physische und kulturelle Überleben gewährleistet wird. Das Überleben der Kultur muß freilich von deren Mitgliedern gewollt sein. Ein Austritt einzelner aus einer archaischen Kultur darf nicht gegen deren Willen verhindert werden. Viele der in der Kolonialgeschichte geführten Kriege entbehrten allerdings auch nur des Scheins des Rechts.

³⁵ HOFMANN, HASSO: *Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive*, in: *Der Staat* 1998, S. 349–360.

³⁶ Das ändert sich, wenn ohnehin schon ein Verteidigungskrieg gegen einen Teile der eigenen Bevölkerung massakrierenden Staat geführt wird. Die Bombardierung der Zufahrtswege nach Auschwitz wäre alliierten Fliegern durchaus zumutbar gewesen und hätte das Leben vieler Juden, Zigeuner usw. retten können.

b) Gerechte Kriegführung

Clausewitz hat schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu Recht darauf hingewiesen, daß die Hoffnung trügerisch sei, die moderne Bildung würde zu einer Humanisierung der Kriege führen. Zweck des Krieges sei es, den gegnerischen Staat zur Erfüllung des eigenen Willens zu zwingen; dazu seien zwar nicht, wie bei barbarischen Völkern, feindselige Gefühle, wohl aber feindselige Absichten unabdingbar, und diese würden sich gegenseitig bis zur äußersten Anstrengung aller Kräfte hochschaukeln. "Die Erfindung des Pulvers, die immer weitergehende Ausbildung des Feuergewehrs zeigen schon hinreichend, daß die in dem Begriff des Krieges liegende Tendenz zur Vernichtung des Gegners auch faktisch durch die zunehmende Bildung keineswegs gestört oder abgelenkt worden ist."³⁷ Zwar hat es einige Kriege gegeben, die praktisch keine Menschenleben gekostet haben, aber es handelte sich dabei um Schlachten, die zwischen Söldnerarmeen gefochten wurden, die keinen Haß aufeinander verspürten und von Offizieren geführt wurden, die kein Interesse an der Tötung der gegnerischen Soldaten hatten, da diese sogleich in der eigenen Armee angestellt werden konnten.³⁸

Die Demokratisierung der Politik hat die Kriege nahezu unvermeidlich blutiger gemacht, und der nationale Haß hat seit dem frühen 19. Jahrhundert den Partisanen- und Guerillakrieg hervorgebracht, der die klare Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nicht-Kombattanten untergräbt, die Angel, um die sich die Theorie der gerechten Kriegführung dreht. Grundsätzlich kann man nur dort, wo beide Parteien damit rechnen können, von der Begrenzung der Gewalt zu profitieren, davon ausgehen, daß sie sich an Absprachen halten werden. Kriege zwischen kulturell heterogenen Völkern sind häufig besonders grausam, ebenso Kriege um Anerkennung; handelt es sich hingegen um begrenzte Interessenkonflikte innerhalb eines verwandten Wertsystems, läßt sich die Gewalt oft einschränken.

Diese skeptische Prognose über das Verhalten der Menschen ändert nichts an der moralischen Pflicht, bei der Kriegführung so wenig Blutvergießen wie nur möglich zuzulassen. Jede Gewaltanwendung, die über das zum Sieg unbedingt Erforderliche hinausgeht, ist unzulässig; und der Begriff des unbedingt Erforderlichen ist eng auszulegen. Clausewitz' berühmte These, der Krieg sei "eine bloße Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln",³⁹ ist zwar insofern eine große Erkenntnis, als damit die Auffassung zurückgewiesen wird, der Krieg sei ein Selbstzweck; seine Formulierung, der Krieg habe "seine eigene Grammatik, aber nicht seine eigene Logik",⁴⁰ trifft durchaus das Wesentliche. Der Krieg muß politischen Zielen dienen; diese bestimmen die strategischen Grundentscheidungen, also diejenigen der Kriegführung mit, die selber wiederum den Rahmen für die Taktik festlegen, also für den Einsatz der Streitkräfte im einzelnen Gefecht. Aber was Clausewitz übersieht, ist, daß nicht nur die Logik der Politik, sondern auch die Grammatik des Krieges einer moralischen Beurteilung untersteht. Der Krieg ist kein neutrales Mittel der Politik, sondern eines

³⁷ CLAUSEWITZ: a.a.O., S. 193 f.

³⁸ Vgl. MORGENTHAU, H.J./THOMPSON, K.W.: *Politics Among Nations*. 6. Aufl., New York 1985, S. 392 f.

³⁹ CLAUSEWITZ: a.a.O., S. 210.

⁴⁰ CLAUSEWITZ: a.a.O., S. 991.

mit negativem intrinsischen Wert, und man muß daher die Ziele ändern, wenn der in Gestalt der Mittel zu zahlende Preis zu hoch ist. Der moralische Preis ist auf der Grundlage der präsumptiven Zahl der Toten und Verletzten nicht nur der eigenen, sondern auch der gegnerischen Seite zu berechnen. Zwar ist, nach der Entscheidung für den Kriegseintritt, während der Kriegshandlungen selbst die Minimierung des Risikos der eigenen Seite wenigstens solange Pflicht, als der eigene Erfolg auf dem Spiele steht. Man kann nicht leichthin die eigene Niederlage riskieren, wenn man einen gerechten Krieg zu führen glaubt. Aber das heißt nicht, daß alle Mittel erlaubt wären, um zu siegen; insbesondere sind die kriegsvölkerrechtlichen Grenzen im allgemeinen zu respektieren.

Walzer hat vier mögliche Bestimmungen des Verhältnisses von moralisch zu rechtfertigenden kriegserischen Maßnahmen zum positiven Kriegsvölkerrecht vorgechlagen, die in der Spannung zwischen einem eher kantianischen und einem eher utilitaristischen Rahmen stehen.⁴¹ Zwischen dem einen extremen Standpunkt, der eine Niederlage in Kauf nimmt, nur um die ritterlichen Aspekte des Kriegsvölkerrechts nicht zu verletzen⁴², und dem anderen Extrem, das positive Kriegsvölkerrecht immer dann zu mißachten, wenn dies der eigenen Sache dient, kann man sich zwei intermediäre Positionen vorstellen, einerseits ein allmähliches Aufgeben kriegsvölkerrechtlicher Standards im Laufe der Kriegführung, andererseits eine grundsätzliche Entscheidung zugunsten einer begrenzten Verletzung der Konventionen, um eine unmittelbar drohende Katastrophe abzuwehren. Manches spricht für die letzte Position; um die Unterwerfung unter einen totalitären Staat zu verhindern, kann man auch vom positiven Recht abweichen, wenn dies erforderlich ist und wenn das zugefügte Übel in einem angemessenen Verhältnis zu dem erreichten Gut steht. Es sind diese moralischen Grundsätze, die nicht zur Disposition stehen und insofern das geltende Kriegsvölkerrecht gewöhnlich ihrer Konkretisierung dient, gehört es respektiert. Aber es hat nur eine prima-facie-Geltung, weil sich die geschichtlichen Rahmenbedingungen so ändern können, daß seine unbedingte Beachtung den Aggressor begünstigt.

Das Kriegsrecht regelt, wer wen wann und wie töten darf. Grundlegend ist eine formale Symmetrie zwischen den beiden kriegführenden Parteien. Auch wenn in einem gerechten Krieg keineswegs beide Staaten moralisch gleichberechtigt sein können, gilt dies durchaus für die kämpfenden Soldaten; selbst bei manifester Gerechtigkeit der eigenen Sache kann kein Staat erwarten, daß seine eigenen Soldaten von der Gegenseite geschont werden, wenn er selbst keine Gefangenen macht. Was den Schutz von Leben und Gesundheit der Zivilisten angeht, so ist er unter den Bedingungen der modernen Waffentechnik und Kriegführung wesentlich schwieriger zu gewährleisten, als wünschenswert wäre. Die Herstellung von Waffen für die Armee kann kriegsentscheidend sein, und die Bombardierung derartiger Fabriken ist auch dann gerechtfertigt, wenn man mit ihr Zivilisten gefährdet, sofern nur die eigene Aktion insgesamt Menschenleben rettet. Dagegen ist der Angriff auf jene, die für die Armee Dinge herstellen, die für die ganze Bevölkerung auch in Friedenszeiten

⁴¹ WALZER: a.a.O., 231 f.

⁴² Ein Vertreter dieser Position ist Herzog Hsiang von Sung, über den sich Mao Tse-tung nur lustig macht; MAO TSE-TUNG: *Theorie des Guerillakrieges oder Strategie der Dritten Welt*. Reinbek 1966, S. 180: "Wir sind keine Menschen wie der Herzog Hsiang von Sung und haben für seine törichten Ehrbegriffe nichts übrig."

wesentlich sind, moralisch nicht zu vertreten. Insbesondere betreffen Belagerungen und Blockaden unmittelbar die Zivilbevölkerung. Der Abzug der Zivilisten aus einer belagerten Stadt wird in der Regel nicht zugelassen, weil dadurch die Lebensmittel für die eingeschlossenen Soldaten länger reichen würden, aber eine Erweiterung des Kriegsvölkerrechts in diese Richtung ist sicher eine sinnvolle Forderung.⁴³

Dem Schutz der Zivilisten entspricht auf zwischenmenschlicher Ebene der Respekt vor den Rechten der Neutralen. Es besteht im allgemeinen keine Pflicht, in einem gerechten Krieg Nothilfe zu leisten, und da grundsätzlich wünschenswert ist, daß unbetroffene und somit möglichst unparteiische Beobachter übrig bleiben, ist es sogar gut, wenn es während eines Kriegs Neutrale gibt, auch wenn die Entscheidung Dritter für die Neutralität nicht immer im unmittelbaren Interesse des sich verteidigenden Staates ist. Der Überfall auf einen Neutralen begründet *prima facie* einen ungerechten Krieg, auch wenn er von seiten eines angegriffenen oder Nothilfe leistenden Staates erfolgt; doch kann man sich äußerste Situationen vorstellen, in denen er gerechtfertigt werden kann.

Die gezielte Ermordung ziviler gegnerischer Regierungsmitglieder, die für einen ungerechten Krieg verantwortlich sind, ist moralisch unbedenklich, wenn damit der Krieg zu einem raschen Ende gebracht werden kann; es ist nicht einzusehen, warum Soldaten, die zum Teil gegen ihren Willen dienen müssen, mehr gefährdet sein sollten als diejenigen, die die Verantwortung für einen ungerechten Krieg tragen. Derartige Handlungen kann man "terroristisch" im weiteren Sinne nennen. Sie sind allerdings scharf von denjenigen zu unterscheiden, die sich gegen eine nicht weiter qualifizierte Zivilbevölkerung richten und unter keinen Umständen legitimiert werden können. Die Tötung unschuldiger Zivilisten eines Nachbarlandes, das Terroristen deckt, ist keine irgendwie diskutable Repressalie.

Nicht nur der Terrorismus gehört der merkwürdigen Grauzone zwischen Krieg und Frieden an; auch der Guerillakrieg ist in ihr anzusiedeln. Kämpfen nach der Kapitulation durch die legale Regierung einzelne weiter, so ist das keineswegs immer verwerflich und widerspricht auch nicht mehr positivem Völkerrecht; allerdings ist darauf zu bestehen, daß sie als Kombattanten erkennbar sind. Das moralisch Inakzeptable, weil unmittelbar Widersprüchliche am Phänomen der Guerilla ist, daß die Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nicht-Kombattanten einerseits aufgegeben wird, da der Guerillero von den Zivilisten ununterscheidbar ist, andererseits gleichzeitig von jener Unterscheidung profitiert wird, da vorausgesetzt wird, daß gegen Zivilisten anders vorgegangen wird als gegen Kombattanten. Der Guerillero ist gleichsam der Trittbrettfahrer dieser wesentlichen Unterscheidung, und daher erweckt das Phänomen der Guerilla ernste moralische Bedenken.

Der Sieg über eine Guerilla könnte dadurch erzielt werden, daß man durch den Einsatz von Massenvernichtungsmitteln zwar nicht Kooperationswilligkeit erzeugte, aber doch die Bevölkerung weitgehend auslöschte. Doch liegt es auf der Hand, daß die modernen Massenvernichtungswaffen, die ähnlich wie die Guerilla den Unterschied zwischen Kombattanten und Zivilisten verwischen, nicht eingesetzt werden dürfen: Ihre Verwendung ist in den meisten denkbaren Fällen zutiefst unmoralisch. Die Frage, ob auch die Drohung mit Massenvernichtungsmitteln oder bereits ihr Besitz

⁴³ WALZER: a.a.O., S. 169 f.

unmoralisch ist, gehört zu den schwierigsten moralischen Problemen, die sich dem menschlichen Geist je gestellt haben. Die Frage, ob die Drohung, mit Atomwaffen zurückzuschlagen, falls man angegriffen wird, moralisch erlaubt ist, ist deswegen so schwer zu beantworten, weil eine Drohung nur dann glaubwürdig ist, wenn man bereit ist, sie wahrzumachen, falls die Gegenseite entsprechend handelt. Gleichzeitig ist aber die Tötung von Zivilisten in so umfassendem Maße, wie dies mit dem Einsatz von Atomwaffen verbunden ist, kaum zu rechtfertigen. Das Problem vergrößert sich, wenn man sich die Situation vorstellt, daß ein Staat den atomaren Holocaust androht, sollte man sich ihm nicht unterwerfen. Es ist immer wieder die These vertreten worden, daß bei einer solchen Verhaltensweise das Nachgeben die einzig moralische Verhaltensweise wäre. R. Aron verweist darauf, daß jemand, der wie B. Russell die größere Rationalität der Kapitulation angesichts einer solchen Drohung lehre, übersehe, daß nicht jede Drohung, gegenüber welcher man sich fest zeige, verwirklicht werde und daß zudem selbst der Ausbruch eines nuklearen Krieges nicht notwendigerweise zum Untergang der Menschheit führen müsse.⁴⁴ Ja, man kann hinzufügen, daß es zu jener schrecklichen Drohung höchstwahrscheinlich gar nicht kommen werde, wenn man von Anfang an zu verstehen gebe, daß man sich auf derartige Reflexionen gar nicht einlasse.

Dennoch kann der Philosoph sich keinem Denkverbot unterwerfen, und gegen Aron kann er einwenden, daß, selbst wenn der nukleare Holocaust nur eine schwache Möglichkeit sei, sein Unwert doch so hoch veranschlagt werden müsse, daß der moralische Erwartungswert der Alternative "Widerstand" unter allen Umständen viel geringer sei als derjenige der Alternative "Kapitulation". Dagegen wird man nur entgegnen können, daß auch die Kapitulation Risiken mit sich bringe. Wenn ein derartiges Verhalten Schule mache, werde bald der nächste Erpresser auftreten, ja vielleicht sogar mehrere gleichzeitig, so daß auch der Erwartungswert der zweiten Alternative stark fällt, weil auch sie mit der Möglichkeit des Holocausts angesteckt ist. Eines ist klar: Die Drohung mit Massenvernichtungswaffen kann nur in einer Übergangsperiode der menschlichen Geschichte akzeptabel sein, und keine Epoche muß sich dringender um die Errichtung universalstaatlicher Strukturen bemühen als diejenige, die am Rande des nuklearen Abgrunds taumelt.

c) Gerechte Nachkriegspolitik

Ziel des Krieges muß die Abwehr des Unrechts sein, das den Kriegsgrund darstellte. In extremen Fällen von Aggressivität kann der gerechte Sieger eine Garantie dafür verlangen, daß er nicht noch einmal angegriffen wird. Während die Abtretung von Gebieten unter den Bedingungen des modernen Nationalismus problematisch ist, weil sie meist gegen den Willen der ansässigen Bevölkerung erfolgt und letztere oft sogar vertrieben wird, ist die staatsrechtliche Umgestaltung des niedergeworfenen Staates legitim, wenn die neue Staatsform einerseits naturstaatsrechtlichen Prinzipien entspricht, andererseits eben dadurch eher zum Frieden prädisponiert wird. Sie kann für die Zivilbevölkerung ein viel größerer Segen sein als drückende Auflagen. Die Politik der Siegermächte nach dem Ersten Weltkrieg war auch kratisch absurd, weil sie

⁴⁴ ARON: a.a.O., S. 712.

Deutschland demütigte und es auf mehrere Generationen hinaus gequält hätte, ohne es doch empfindlich schwächen zu können. Sie erzeugte einen Haß, der zudem in der Lage war, bald gefährlich zu werden. Die Reparationen, die Deutschland auferlegt wurden, waren nicht nur für die deutsche, sondern für die gesamte Weltwirtschaft schädlich, und die einseitige Schuldzuweisung an ein Land, dessen Schuld groß, aber doch nicht so eindeutig war, daß die Kriegsgegner beanspruchen konnten, einen offenkundig gerechten Krieg zu führen, erschwerte die Annäherung an die Nachbarn, deren moralische Überlegenheitsgefühle nicht ohne weiteres ernst genommen werden konnten. Eine scharfe Unterscheidung zwischen der gegnerischen Regierung und dem besiegten Volke wurde nicht gemacht. Der Versailler Frieden konnte schwerlich als gerecht empfunden werden, und der Ernst der Niederlage wurde nicht durch eine Besatzung lebensweltlich erfahrbar gemacht, die zudem eine Vertrautheit mit den Errungenschaften moderner liberaler Verwaltungen hätte erzeugen können. Schließlich führte das schlechte Gewissen wegen dieses Krieges dazu, daß die einstigen Gegner am falschen Ort nachgiebig waren, nämlich Hitler gegenüber.

Dagegen ist die Nachkriegspolitik der Westmächte, insbesondere der USA, gegenüber Deutschland und Japan nach 1945 vorbildlich gewesen, sowenig sie auch ausschließlich moralischen Motiven entsprang und sosehr die Angst vor der Sowjetunion eine zentrale Rolle spielte. Die Besetzung der beiden Länder erwies sich als Wohltat für die Bevölkerung, weil sie den Aufbau demokratischer und rechtsstaatlicher Institutionen ermöglichte. In Japan schuf zudem die Aufteilung des Großgrundbesitzes an die Kleinbauern und die Entflechtung der Großkapitalgesellschaften die Grundlagen einer größeren sozialen Gerechtigkeit. Auf Reparationsforderungen wurde verzichtet, der wirtschaftliche Wiederaufbau großzügig unterstützt. Den Verlierern des Krieges gelang binnen kurzer Zeit der Wiederaufstieg, während die Nachfolgestaaten der siegreichen Sowjetunion heute als späte Verlierer dastehen. Zwischen dem Volk und seiner verbrecherischen Regierung wurde deutlich unterschieden. Eine Integration der ehemaligen Kriegsgegner in gemeinsame supranationale Institutionen wurde energisch betrieben. Mit den Vereinten Nationen wurde ein Organ geschaffen, das dem Zweck der Kriegsverhinderung effektiver dienen sollte als der Völkerbund.⁴⁵ Mit symbolischen Gesten, mit Jugendaustausch, mit wirtschaftlicher Kooperation legten die westeuropäischen Völker die Grundlagen einer dauerhaften Versöhnung, die heute einen Krieg zwischen Deutschland und Frankreich ebenso unwahrscheinlich erscheinen läßt wie schon vor achtzig Jahren einen Krieg zwischen Bayern und Preußen.

Von besonderem Interesse ist die Frage, ob Kriegsverbrecherprozesse moralisch berechtigt sind. Sie ist entschieden zu bejahen. Zwar ist es richtig, daß derartige Prozesse den Geschmack der Siegerjustiz haben können und daß z.B. nach dem Zweiten Weltkrieg alliierte Verletzungen des *ius in bello* nicht geahndet wurden. So hat sogar Kant, der wahrlich für eine Moralisierung der Politik plädiert hat, die These vertreten, mit dem Friedensschlusse sei eine Amnestie verbunden, und der Sieger dürfe zwar viele Forderungen stellen, aber doch nicht den Krieg des Gegners für ungerecht ausgeben, weil dies eine Beleidigung bedeute.⁴⁶ Aber Kant schrieb zu einer Zeit, als

⁴⁵ HOBE, STEPHAN: *Der kooperationsoffene Verfassungsstaat*. in: *Der Staat* 1998, S. 521–546.

⁴⁶ KANT: *Metaphysik der Sitten* § 58. S. 472.

noch ein generisches Souveränitätsrecht zum Kriege anerkannt wurde. Diese Auffassung war 1945 teils schon aufgegeben, teils war ihre Überwindung das Ziel der neuen Entwicklung des Völkerrechts, so daß die Vorbereitung eines Angriffskrieges, die in jedem Fall dem Naturvölkerrecht widerspricht, mit Recht bestraft werden konnte. Hinzu kamen die Verletzungen des *ius in bello*, die man nicht straflos ausgehen lassen kann, wenn man mit gutem Gewissen viel kleinere Delikte wie Diebstähle bestrafen will. Auch die abschreckende Wirkung derartiger Prozesse sollte nicht unterschätzt werden, denn obgleich es richtig ist, daß bei Kriegsteilnehmern die Angst vor dem Tode, und da *fortiori* vor geringeren Strafen, selten ein starkes Motiv ist, so spielt doch eine eigenwillige Auffassung von Ehre eine bedeutende Rolle, und kein Möchtegernheld lebt gerne mit dem Risiko, später als Verbrecher zu gelten, selbst wenn er militärisch erfolgreich gewesen sein sollte. Recht ist nur das, was erzwungen werden kann; ohne die Ausbildung eines Völkerstrafrechts kann das Völkerrecht nicht "Recht" im vollen Sinne des Wortes genannt werden. Allerdings muß ein formal überzeugendes Völkerstrafrecht die Mängel der Kriegsverbrecherprozesse von Nürnberg und Tokio vermeiden; insbesondere müssen die Strafrichter aus Staaten stammen, die selbst nicht Krieg geführt haben.

Ein entscheidender Schritt in diese Richtung ist inzwischen getan. Fünfzig Jahre nach der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und der Völkermordkonvention verabschiedete die diplomatische Staatenkonferenz der Vereinten Nationen im Juni 1998 das Gründungsstatut des Internationalen Strafgerichtshofs, der seinen Sitz in Den Haag hat. Das Statut sieht die internationale Verfolgung der vier Kernverbrechen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Angriffskrieg vor.⁴⁷

KARL-HEINZ KREUTZ

A KÜLPOLITIKA ERKÖLCSI ALAPELVEI

(Összefoglalás)

A német szerző egy örökzöld téma feldolgozását végzi el, ami hálás feladat a téma fogalmi gazdagsága miatt, és folytonos aktualitása sem lehet kérdéses. A tanulmány elsősorban a háborúk viselésével kapcsolatos néhány etikai probléma kifejtésére helyezi a hangsúlyt. Először a békeidőben tanúsított külpolitika etikai szempontjait veszi górcső alá, kiemelve, hogy egy állam kulturális meghatározottsága milyen döntő befolyást gyakorol külpolitikájának minőségére is, ami kivált egy háborús helyzetben tanúsított magatartásforma esetén szembeötlő.

⁴⁷ KINKEL, KLAUS: *Der Internationale Strafgerichtshof – ein Meilenstein in der Entwicklung des Völkerrechts*. in: Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 2650 f.

A szerző kiemelten foglalkozik a külpolitika etikai meghatározottsága során a gazdaság és a környezet szerepével. Ismert és kevésbé ismert attitűdök árnyalt és rendszerszemléletű elemzését adja a gazdaság és a külpolitikai etika kapcsolatáról szólva.

Nagy hangsúlyt helyez a jogszerűen vívott háborúk etikai szempontú elemzésére. Ennek során behatóan tárgyalja a jogszerű háborúindítás lehetőségét, az itt szóba jöhető okokat. Olvashatunk a már megindult háború során tanúsítandó jogszerű és etikus magatartás szabályairól, pontosabban elvárásairól. Végül foglalkozik a szerző azzal a kérdéssel is, hogy milyen etikai szempontok alapján kell a háború lezárása utáni állapot rendezését kezelni.

A tanulmány egyszerre érinti a nemzetközi jog és a jogfilozófia területeit, de egyik illetékességi körét sem tekinti kizárólagosnak az egyes kérdések megválaszolása során. A címben is jelzett etikai megközelítés mégis mindenképpen az erkölcsi szempont dominanciáját jelenti, amely végigvonul az egész munkán, így annak fő karakterisztikumát adja.

Geldwäschebekämpfung in einigen Ländern Europas

Bei der Umsetzung der Geldwäscherichtlinie hat sich die deutsche Bundesregierung, ebenso wie beispielsweise Belgien und Frankreich, dazu entschlossen, die Regelungen in ein Sondergesetz zu integrieren und von der Möglichkeit der Verankerung im Kreditwesengesetz abgesehen.¹ Anders wird das z.B. in Luxemburg und Österreich gehandhabt, dort sind die Regelungen im Bankaufsichtsrecht fixiert.

In den USA, aus denen der Begriff der Geldwäscherei – des *money laundering* – stammt, wurde sie erstmals unter der ausdrücklichen Bezeichnung des *money laundering* im Jahre 1986 im 18 U.S.C. §§ 1956 und 1957 unter Strafe gestellt. § 1956 trägt die Überschrift "Laundering of monetary instruments" und § 1957 ist übertitelt "Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity". Im Jahre 1988 wurden weitere Ergänzungen vorgenommen.²

Gleichwohl waren diese Gesetze nicht der Beginn des Kampfes gegen die Geldwäscherei, vielmehr stellten sie nur einen Teil und den Höhepunkt einer Gesamtkonzeption dar, die wie folgt aussieht: Seit jeher war das Waschen von Geldern in den USA nach den allgemeinen Strafgesetzen in gewissem Umfang strafbar, vor allem der "Conspiracy"-Tatbestand, 19 U.S.C. § 371, Verabredung zur Begehung einer Straftat, kommt hier zur Anwendung. Hierhin fließen nach deutschem Verständnis unter anderem Elemente der kriminellen Vereinigung und der Steuerhinterziehung zusammen.³

Der eigentliche Kampf gegen die Geldwäscherei wurde in den USA zu Beginn der achtziger Jahre aufgenommen, als man den Gedanken einer Papierspur, die ein Nachvollziehen von Vermögenstransfers ermöglicht, zu neuem Leben erweckte. Bis dahin wurde das Ausforschen von Vermögen einer Person erst relevant, nachdem diese Person in Tatverdacht geraten war, um deren Vermögen beschlagnahmen oder konfiszieren zu können. Nun ging man daran, das Prinzip umzudrehen.⁴

Großbritannien war einer der ersten Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, der Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche eingeführt hat, doch waren die ersten Schritte mit Verabschiedung des Drug Trafficking Offences Act 1986 zunächst auf den

¹ Dazu FÜLBIER, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 1990, 2025, 2031 ff.

² FORTHAUSER, ROMAN: *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*. München 1992, S. 98 f.

³ FORTHAUSER. a.a.O., S. 99.

⁴ FORTHAUSER: a.a.O., S. 99.

strafrechtlichen Bereich beschränkt.⁵ Frankreich war dann der erste Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaft, der Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäsche in Anlehnung an die Entwicklung auf EG-Ebene in Kraft gesetzt hat.⁶

Eine dem § 261 Abs. 10 StGB vergleichbare Regelung – also Strafbefreiung bzw. Strafmilderung unter bestimmten Voraussetzungen – ist auch in den österreichischen Bestimmungen zu finden. Im folgenden soll am Beispiel der Schweiz, Luxemburgs, Österreichs und Ungarns dargestellt werden, wie die Geldwäschebekämpfung in anderen Ländern organisiert wurde und inwieweit es Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur deutschen Regelung gibt.

I. Schweiz

Die Schweiz ist ein wichtiges internationales Finanzzentrum, dessen Banken im Verhältnis zur Größe des Landes weit überdurchschnittlich am Weltfinanzmarkt partizipieren. Sie ist ein Zentrum der Vermögensverwaltung, und damit verdienen die Banken gut. Von den verwalteten Auslandsvermögen von 3200 bis 4000 Milliarden Dollar sind schätzungsweise 40 % in der Schweiz angelegt. Ein Grund dafür ist das Bankgeheimnis, das ausländischen Steuerfahndern den Blick auf Bankkonten und Depots verwehrt.⁷

Als traditionelles Fluchtgeldland – bereits im zweiten Weltkrieg sind der Schweiz in größerem Umfang Fluchtgelder zugeflossen – wird die Schweiz schon wesentlich länger als die Bundesrepublik mit dem Vorwurf konfrontiert, illegal erwirtschafteten Vermögenswerten zu leichten Unterschluß zu bieten. Neben der Bedeutung als Finanzmarkt hat auch das strafrechtlich geschützte Bankgeheimnis dazu beigetragen, das Land zu einer internationalen Drehscheibe für Geldwäsche werden zu lassen. Bei den aufgedeckten Geldwäschefällen war von 1996 auf 1997 eine drastische Steigerung um 200 Prozent zu beobachten.⁸

Auf amerikanischen Druck hin wurden seit Ende der achtziger Jahre enorme Anstrengungen unternommen, um dem Ruf als Geldwäschehochburg entgegenzuwirken.⁹ Lokal konzentrieren sich die internationalen Geldwäscheaktivitäten in der Schweiz auf die großen Finanzplätze Zürich, Genf und Tessin. Allein im Kanton Zürich hatten die Strafverfolgungsbehörden aufgrund Geldwäscheverdachts Anfang der neunziger Jahre Bankguthaben in Höhe von etwa 500 Mio. Schweizer Franken blockiert.¹⁰

Am 23.3.1990 wurde das Strafgesetzbuch um zwei Strafbestimmungen erweitert, die die Geldwäsche und die Mißachtung von beruflichen Sorgfaltspflichten bei der Vornahme von Finanztransaktionen unter Strafe stellten. Die strafrechtlichen Bestimmungen, die zum 1.8.1994 verschärft wurden, begründeten unter anderem das

⁵ FÜLBIER, in: FÜLBIER, ANDREAS/AEPFELBACH, ROLF R.: *GwG. Kommentar zum Geldwäschegesetz*. Länderbericht Großbritannien, Rz. 1.

⁶ FÜLBIER, in: Fülbiel / Aepfelbach, GwG, Länderbericht Frankreich, Rz. 1.

⁷ Berliner Morgenpost vom 2.4.1998.

⁸ Berliner Morgenpost vom 2.4.1998.

⁹ ACKERMANN, JÜRG-BEAT: *Geldwäscherei – Money Laundering*. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz. Zürich 1992, S. 198 ff.

¹⁰ WERNER, GERHARD: *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*. Freiburg 1996, S. 267 f.

Melderecht des Financiers bei einem Geldwäscheverdacht. Am 10.10.1997 verabschiedete das schweizerische Parlament mit dem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (GwG) ein Gesetz, das sich im wesentlichen an die EG-Geldwäscherichtlinie anlehnt. Durch Ergänzung der strafrechtlichen Bestimmungen schafft das Gesetz, das zum 1. April 1998 in Kraft trat, unter anderem eine Meldepflicht sowie eine Verpflichtung aller Finanzintermediäre zur Einhaltung eines Mindeststandards an Sorgfaltspflichten.¹¹ Das Gesetz ist zum 1.4.1998 in Kraft getreten.

In der Schweizer Finanzindustrie artikuliert sich Unbehagen über das neue Gesetz. Das Bankgeheimnis werde durch die verschärften Geldwäsche-Vorschriften mehr und mehr ausgehöhlt, lautet die Kritik, die vornehmlich auf dem von kleinen verschwiegene Privatbanken geprägten Finanzplatz Genf zu hören ist. Die Zürcher Großbanken scheinen dagegen weniger Mühe mit den neuen Regeln zu haben. Für andere Kritiker hat das Gesetz viele Schwachstellen. "Kein großer Wurf", urteilt zum Beispiel Christof Müller, ein ehemaliger Wirtschaftskriminalistik-Dozent der Universität St. Gallen, der vor allem kritisiert, daß die staatliche Kontrolle gerade im Parabankensektor (Treuhänder, Vermögensverwalter) nicht weit genug gehe.¹²

Das neue Geldwäschereigesetz bildet einen Bestandteil des Gewerberechts für Finanzintermediäre. Dazu zählen nach Art. 2 GwG zum einen Banken-Effektenhändler sowie bestimmte Anlagfonds und Versicherungen, die ohnehin einer behördlichen Aufsicht unterstehen. Zum anderen gehören dazu Parabanken, also Unternehmen, die bestimmte banktypische oder bankähnliche Dienste erbringen, wie z.B. Wechselstuben, Geldhändler, Vermögensverwalter, Anlageberater und die PTT (Post, Telefon und Telekommunikation). Über den Begriff Vermögensverwalter werden auch Rechtsanwälte und Notare erfaßt, sofern sie als Verwalter von Vermögen tätig sind.

Hinsichtlich der Sorgfaltspflichten werden in Art. 3 bis 11 GwG lediglich Grundsätze vorgegeben, deren Umsetzung der branchenbezogenen Selbstregulierung unterworfen ist. Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken erfüllt diese Grundsätze. Die Aufsicht über die Einhaltung der Mindeststandards obliegt bei Banken, Fondsleitungen, Versicherungen und Effektenhändlern der spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörde wie z.B. der Eidgenössischen Bankenkommission. Diese hat die Sorgfaltspflichten zu konkretisieren, soweit dies nicht bereits durch eine Selbstregulierungsorganisation geschehen ist wie im Fall der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (Bankiervereinigung), Art. 16 GwG.

Die nach den Umständen gebotene berufliche Sorgfalt wird zum einen durch branchenbezogene Selbstregulierung, zum anderen durch Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) konkretisiert. Bei der Selbstregulierungsmaßnahme handelt es sich um die freiwillig von allen Banken abgeschlossene Vereinbarung über Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) bei der Entgegennahme von Geldern und über die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1.10.1987.¹³ Diese Vereinbarung ist zum 1.7.1992 weitgehend überarbeitet worden, um Regelungen zur

¹¹ FÜLBIER, in: Fülbi / Aepfelbach, GwG, Länderbericht Schweiz Rz. 2.

¹² Berliner Morgenpost 2.4.1998.

¹³ MÜLLER, CHRISTOPH: *Geldwäscherei: Motive – Formen – Abwehr*. Eine betriebswirtschaftliche Analyse. Wintherthur 1992, S. 159.

Bekämpfung der Geldwäsche aufzunehmen. Diese erweiterte Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken gilt seit dem 1.10.1992.

Bis zum 1.4.1998 – also dem Inkrafttreten des Geldwäschegesetzes – verkörperte sie zusammen mit den Richtlinien der eidgenössischen Bankenkommission das Gewerberecht zur Geldwäschebekämpfung. Am 28.1.1998 wurde die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken nahezu zeitgleich mit Inkrafttreten des Geldwäschegesetzes aktualisiert. Die neue Fassung wurde zum 1.7.1998 wirksam.

Alle schweizerischen Banken haben sich durch Unterzeichnung der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken gegenüber der Bankiervereinigung freiwillig unter anderem dazu verpflichtet, ihre Vertragspartner zu identifizieren, in Zweifelsfällen eine Erklärung des Vertragsspartners über den an den deponierten Werten wirtschaftlich Berechtigten einzuholen und keine aktive Beihilfe zur Kapitalflucht, zur Steuerhinterziehung oder dergleichen zu leisten.

Nicht ganz eindeutig ist der Rechtscharakter der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken. Nach zutreffender Auffassung handelt es sich schlicht um einen privatrechtlichen Vertrag. Dafür spricht die privatrechtliche Form der Anerkennung durch Unterzeichnung, die Freiwilligkeit des Beitritts und das Kündigungsrecht jeder einzelnen Bank aus Art. 14 Abs. 2 BSV. Daran dürfte sich auch nach Einführung des Geldwäschegesetzes und der Verpflichtung zu Selbstregulierungsmaßnahmen nichts geändert haben. Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken lehnt sich an die entsprechenden Bestimmungen der Europäischen Union an. Die Regelungen als solche werden streng überwacht. Zuständig dafür ist eine eigens zu diesem Zweck geschaffene Aufsichtskommission. Nach Art. 12 VSB ist diese für die Aufklärung und Ahndung von Verstößen zuständig. Sie erstellt regelmäßig Tätigkeitsberichte, aus denen unter anderem Klarstellungen zu Zweifelsfragen und Angaben zu Sanktionen hervorgehen.

Darüber hinaus sind die schweizerischen Banken und andere Finanzintermediäre qua Aufsichtsrecht durch die Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei in die Pflicht genommen. Die erste Fassung stammt vom 18.12.1991. Sie wurden zum 1.5.1992 wirksam. Mit Inkrafttreten des Geldwäschegesetzes wurden diese überarbeitet. Seit dem 1.7.1998 gelten die Richtlinien vom 26.3.1998 nicht nur für Banken, sondern auch für Finanzintermediäre.¹⁴

Die Richtlinien sollen die für diese Unternehmen geltenden Anforderungen aus dem Geldwäschegesetz präzisieren, die Begriffe "einwandfreie Geschäftstätigkeit", "angemessene Verwaltungsorganisation" und den "guten Ruf der geschäftsführenden Personen" i.S.d. Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) und c) des Bankgesetzes mit Blick auf die Bekämpfung der Geldwäsche festlegen, der Auslegung der schweizerischen Strafbestimmungen dienen und internationalen Empfehlungen Rechnung tragen.

Bei anderen Finanzintermediären ist dafür gemäß Art. 24 bis 28 GwG eine Selbstregulierungsorganisation oder gemäß Art. 13 GwG die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (eidgenössische Finanzverwaltung) zuständig. Die Kontrollstelle überwacht die Selbstregulierungsorganisation. Sie kann ihr nach Art. 18

¹⁴ FÜLBIER, in: Fülbiér / Aepfelbach, GwG, Länderbericht Schweiz, Rz. 14.

Abs. 2 GwG die Anerkennung versagen oder eine erteilte Anerkennung wieder entziehen. Art. 18 Abs. 2 GwG gibt der Kontrollstelle das Recht, Prüfungen bei einzelnen Instituten vorzunehmen. Zudem hat die Stelle aus Art. 21 GwG eine eigene Verdachtsanzeigepflicht.

Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken genügen dabei teilweise nicht den strengeren Anforderungen des Geldwäschegesetzes. Der Gesetzgeber duldet diese Abweichungen und trägt damit zur Aufweichung der strengen Regelungen des Gesetzes bei.

Nach den Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission sind alle Angestellten mit Kundenkontakt über die Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche zu schulen. Es ist eine "Geldwäscherei-Fachstelle" einzurichten. Diese Funktion kann auch auf Externe übertragen werden, z.B. die Muttergesellschaft oder die Fachstelle eines Verbandes.

1. Das schweizerische Geldwäschegesetz

Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken haben dem Gesetzgeber als Vorlage für seine Grundsätze für Sorgfaltspflichten gedient.¹⁵ Dennoch ist es in einzelnen Punkten zu Abweichungen gekommen.

a) Identifizierungspflicht

Die Identifizierungspflichten sind in Art. 3 GwG geregelt. Für Schweizer Banken ist die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken einschlägig. Diese gelten auch für die PTT (Post, Telefon und Telekommunikation), die sich freiwillig der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken unterstellt hat. Im Fall der PTT hat dies erhebliche Verstöße gegen die Sorgfaltspflichten nicht verhindern können. Untersuchungen aus dem Jahre 1992 hatten ergeben, daß über einzelne Postscheckkonten riesige Tagesumsätze abgewickelt wurden, obwohl ein Verdacht auf Herkunft der Gelder aus Drogengeschäften bestanden haben soll. Es ging um einen in der Schweiz tätigen Drogenhändler, der bedeutende Beträge von einem Postscheckkonto auf ein Bankkonto nach Ankara überwiesen hatte. Bei der vorausgegangenen Einzahlung auf das Postscheckkonto wurden weder der Name des Einzahlers noch der des wirtschaftlich Berechtigten festgehalten. Die Identifizierungspflicht entfällt bei Transaktionen mit Finanzintermediären.

Nach Art. 3 GwG ist der Finanzintermediär verpflichtet, bei Aufnahme einer Geschäftsbeziehung den Vertragspartner anhand eines beweiskräftigen Dokuments zu identifizieren. Nach Art. 2 VSB kann teilweise auf das beweiskräftige Dokument verzichtet werden. Die Pflicht zur Identifizierung gilt unabhängig davon, ob es sich um ein Namens- oder Nummernkonto handelt, unter anderem bei Eröffnung von Konten und Depots, der Vornahme von Treuhandgeschäften, der Vermietung von Schrankfächern, der Annahme von Aufträgen zur Verwaltung von Vermögen, die bei Dritten

¹⁵ Deutsches Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor. Botschaft des Bundesrates, BB1. 1996 III, 1101, S. 14.

liegen, der Ausführung von Handelsgeschäften über Effekten, Devisen und Edelmetallen von mehr als 25.000 SFR, Kassageschäften über erhebliche Beträge (nach Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken: mehr als 25.000 SFR) sowie Abschluß von Lebensversicherungsverträgen.

Unter Kassageschäften sind nach Rz. 6 VSB Bargeschäfte am Schalter zu verstehen wie Geldwechsel, Kauf und Verkauf von Edelmetall, Barzeichnung von Kassa- und Anleiheobligationen, Barverkauf von Traveller-Schecks, Bareinlösung von Schecks. Ein Kassageschäft liegt nicht vor, wenn Bartransaktionen über bestehende Kundenkonten abgewickelt werden, selbst wenn die Transaktion nicht vom Kontoinhaber selbst vorgenommen wird. Diese Handhabung ist nach den Vorgaben der EG-Geldwäschrichtlinie zulässig. Die Identifizierungspflicht greift auch beim "Smurfing" und bei Verdachtsfällen (Art. 3,4 GwG, Rz. 7 VSB).

Nach Art. 3 GwG sind natürliche Personen mittels eines beweiskräftigen Dokuments zu identifizieren. Diese Vorgabe war in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 1992 durch zahlreiche Ausnahmen durch-ülöchert. Diese Ausnahmen wurden mit der Änderung zum 1.7.1998 weitestgehend beseitigt. (Rz. 10, 14 F. VSB). Die Legitimationsprüfung kann die Bank durch Beauftragte vornehmen lassen, wenn der Kunde seinen Wohnsitz oder Sitz im Ausland hat (Rz. 14 VSB). Die Lücken, die die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 1992 enthielten, waren sehr kritisch zu sehen.¹⁶

b) Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Die Identität des wirtschaftlich Berechtigten ist nach Art. 4 GwG, der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken und den Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission vom 26.3.1998 nach den Angaben des Kunden bei allen Identifizierungsfällen festzustellen, wenn Zweifel bestehen, ob der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch ist oder dies feststeht, bei Kassageschäften von erheblichen Beträgen¹⁷ und bei Sitzgesellschaften, d.h. bei Unternehmen ohne eigenes Personal und Geschäftsräumen, z.B. die Begünstigten von Stiftungen und Trusts.

In diesen Fällen hat der Vertragspartner den wirtschaftlich Berechtigten mit Namen, Vornamen, Wohnadresse, Firma, Domiziladresse und Domizilstaat anzugeben. Bestehen ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit dieser Erklärung, muß die Bank nach Rz. 21 VSB die Durchführung des Treuhand- oder Kassageschäfts ablehnen. Nach Art. 4 Abs. 2 GwG muß bei Sammelkonten oder Sammeldepots verlangt werden, daß die Vertragspartei eine vollständige Liste der wirtschaftlich Berechtigten beibringt und jede Änderung der Liste unverzüglich meldet. Eine Sitzgesellschaft kann nie selbst wirtschaftlich Berechtigter sein. Wirtschaftlich Berechtigter ist die natürliche oder juristische Person, die sie beherrscht, wobei es sich bei der juristischen Person um ein Unternehmen handeln muß, das ein nach kaufmännischer Weise geführtes Gewerbe betreibt.

¹⁶ ZUBERBÜHLER, DANIEL: *Bankenaufsicht und Geldwäschereigesetz*, in: Trechsel (Hrsg.): *Geldwäscherei* 1997, S. 91 ff., 112.

¹⁷ Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken: über 25000 SFR, vor Rz. 18 VSB).

Die Verpflichtung zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten besteht nicht gegenüber Finanzintermediären (Rz. 26 VSB). Bei in der Schweiz zugelassenen Rechtsanwälten oder Notaren, die Konten im Namen und für Rechnung von Klienten eröffnen, kann die Pflicht entfallen, sofern diese gegenüber der Bank die Erklärung nach Formular "R" abgeben. (Rz 38 f. VSB). Von dem Formular "R" kann nur unter ganz bestimmten, engen Voraussetzungen Gebrauch gemacht werden. Dies gilt z.B. dann, wenn der Rechtsanwalt für einen Mandanten Gerichtskostenvorschüsse über sein Konto laufen läßt und anlegt, oder die Geldeinlage einer Hinterlegung in einer zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Angelegenheit vor ordentlichen Gerichten oder Schiedsgerichten dient.

Die früher übliche Praxis, daß der Mandant eines Rechtsanwalts seine Identität hinter dem "Berufsgeheimnisträger" auch im Falle der reinen Vermögensverwaltung verstecken konnte, ist entfallen. In seiner Entscheidung vom 29.12.1986¹⁸ hat das Schweizer Bundesgericht festgestellt, daß der Anwalt nicht unter Berufung auf sein Berufsgeheimnis aus Art. 321 StGB Auskünfte über vertrauliche Tatsachen verweigern darf, die er im Zusammenhang mit einer Tätigkeit erfahren hat, die sich in einer bloßen Vermögensverwaltung oder Geldanlage erschöpft.

c) Aufklärungspflicht

Bei ungewöhnlichen Bargeschäften und in Verdachtsfällen sind Finanzintermediäre nach Art. 6 GWG und Rz. 21 ff. Richtlinien EBK verpflichtet, Zweck und Art der Transaktion sowie Herkunft des Vermögenswerts sowie berufliche oder geschäftliche Tätigkeit des Vertragspartners festzustellen. Eine Abklärung ist nach Rz. 21 Richtlinien EBK insbesondere dann vorzunehmen, wenn ein Kunde oder ein Dritter bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung mit der Bank Banknoten, Inhaberpapiere oder Edelmetalle zur Gutschrift auf sein Konto oder Depot einliefert oder zu Lasten dieses Kontos oder Depots zurückzieht und die Höhe einzelner Transaktionen oder die Anzahl der Transaktionen aufgrund der bekannten Geschäftstätigkeit und den bekannten finanziellen Verhältnissen der Kunden als ungewöhnlich hoch erscheint; die Finanzintermediäre legen in ihren internen Weisungen die Betragsgrenzen fest, ab welchen Abklärungen obligatorisch sind. Prüfungen sind auch vorzunehmen, wenn der Finanzintermediär auf Anhaltspunkte für Geldwäscherei gemäß Anhang zu diesen Richtlinien aufmerksam wird oder er aufgrund anderer Anhaltspunkte Verdacht schöpft, daß die Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren oder der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Liegt ein qualifizierter Anhaltspunkt im Sinne von Ziffer IV des Anhangs der Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommision vor, sind in jedem Fall besondere Abklärungen zu treffen.

Der Finanzintermediär hat in den genannten Fällen diejenigen Informationen zu beschaffen und auf ihre Plausibilität zu überprüfen, die ihm eine ausreichende Beurteilung der Hintergründe der Transaktionen erlauben. Er hat zu diesem Zweck entweder eine schriftliche Erklärung des Vertragspartners einzufordern oder er erstellt eine Aktennotiz, in welcher er das Resultat seiner Abklärungen festhält. Je nach den Umständen des Einzelfalles sind grundsätzlich Angaben über Zweck und Art einer

¹⁸ BG vom 29.12.1986, BGE 112Ib (1986) 606.

bestimmten Transaktion, über finanzielle Verhältnisse des Vertragspartners bzw. des wirtschaftlich Berechtigten, über berufliche oder geschäftliche Tätigkeit des Vertragspartners bzw. des wirtschaftlich Berechtigten und über Herkunft der deponierten oder der investierten Vermögenswerte erforderlich.

d) Aufzeichnung und Aufbewahrung

Die erstellten Unterlagen über die Identifizierung – festgestellte Angaben und Fotokopien der Ausweise, Rz. 8 VSB – sind nach Art. 7 Abs. 3 GwG zehn Jahre ab Beendigung der Geschäftsverbindung aufzubewahren. Das gilt auch dann, wenn der Kunde persönlich bekannt ist. In diesem Fall ist nach Rz. 8 VSB der Mitarbeiter anzugeben, der die Identifizierung vorgenommen hat. Die Aufzeichnungen sollen fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die Transaktionen und die Geschäftsbeziehungen und die Einhaltung der Bestimmungen erlauben. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung ist eine Straftat, die sogar den Entzug der Banklizenz zur Folge haben kann. Nach Rz. 37 f. der Richtlinien der EBK hat der Finanzintermediär ein zentrales Register zu führen, das Auskunft über alle Vertragspartner, wirtschaftlich Berechtigten und Bevollmächtigten geben muß.

e) Melderecht und Meldepflicht

Am 1.8.1994 wurde mit Gesetz zur Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches erstmals ein Melderecht durch Ergänzung des Art. 305ter StGB geschaffen. Das Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 10.10.1997 hat das Melderecht mit Wirkung vom 1.4.1998 um eine Meldepflicht für verdächtige Geschäfte erweitert. Die Verhaltenspflichten der Finanzintermediäre sind ergänzend in Rz. 31 bis 24 Richtlinien EBK beschrieben.

Bis zum 1.8.1994 hätte der Banker eine Bestrafung wegen Verletzung des strafrechtlich geschützten Bankgeheimnisses zu gewärtigen gehabt, wenn er die Behörden über eine solche Transaktion unterrichtet hätte. Nach Auffassung der Eidgenössischen Bankenkommission sollte eine gutgläubige Anzeige demgegenüber zulässig gewesen sein, weil es einen Rechtfertigungsgrund für dessen Verletzung gegeben habe. Bei dem Rechtfertigungsgrund soll es sich um die Wahrnehmung berechtigter Interessen und Notstand gehandelt haben.¹⁹ Die Eidgenössische Bankenkommission räumte allerdings ein, daß die Rechtslage nicht zweifelsfrei geklärt sei. Sie wies auch auf das Risiko etwaiger Schadensersatzansprüche des Kunden hin.²⁰

Das Melderecht bildet nun unstreitig einen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung des Bankgeheimnisses, Art. 305ter Abs. 2 StGB. Über das Melderecht hatte es zwischen den Banken und der Bundesanwaltschaft Streit gegeben, weil die Banken nicht von ihrem Melderecht nach Art. 305ter Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht haben sollen.²¹

Die Meldepflicht greift nach Art. 9 Abs. 1 GwG dann ein, wenn der Financier weiß oder den begründeten Verdacht hat, die Vermögenswerte stünden im Zusammenhang

¹⁹ EBK, Rundschreiben v. 18.12.1991, Nr. 91/3, Rz. 23 Fußn. 5.

²⁰ Rz 23 Richtlinien EBK 91/3 vom 18.12.1991.

²¹ Handelsblatt vom 8.12.1994, S. 33.

mit einer Geldwäsche oder einer tauglichen Vortat. Anhaltspunkte für Geldwäsche, die im Anhang der Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission abgedruckt sind, sollen die Feststellung verdächtiger Geschäfte erleichtern. Wurde eine Anzeige erstattet, müssen die betroffenen Gelder nach Art. 10 GwG fünf Werktage gesperrt werden (Vermögenssperre), um Instruktionen der Strafverfolgungsbehörden abzuwarten. Nach Fristablauf oder nach vorheriger Freigabe durch die Meldestelle kann über die Gelder verfügt werden. Die Frist von fünf Tagen ist unangemessen lang und vereitelt von vornherein den Erfolg der Ermittlungen. Dem Kunden wird eine Verzögerung um fünf Tage kaum plausibel erklärt werden können, so daß sie den wahren Geldwäscher warnt.

Art. 9 Abs. 2 GwG bestimmt, daß der betroffene Kunde oder Dritte während dieser Zeit nicht über die Abgabe der Anzeige informiert werden dürfen. Die Bankenkommission ist nach eigener Einschätzung nicht Dritter im Sinne der Vorschrift, Rz 34 Richtlinien EBK. Die Meldung ist nach Art. 23 des GwG der Zentralstelle zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens zuzuleiten. Diese Meldestelle prüft die Meldung und erstattet bei begründetem Verdacht auf Geldwäsche ihrerseits Anzeige bei den zuständigen Strafverfolgungsbehörden.

Der Finanzintermediär kann für die Meldung und eine damit zusammenhängende Vermögenssperre nicht wegen Verletzung des Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses belangt werden, wenn er mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt vorgegangen ist. Dieser Straf- und Haftungsausschluß ist in Art. 11 GwG enthalten. Das Risiko der fehlerhaften Auslegung der Vorschrift und der naturgemäß subjektiven Interpretation von Verdachtsmomenten trägt damit der Banker.

Die Regelung ermutigt nicht gerade zur Erstattung einer Meldung und legt dem Financier die Beweislast für angemessen angewandte Sorgfalt auf. Damit trägt die Vorschrift nicht im notwendigen Umfang zur Geldwäschebekämpfung bei. Vielmehr setzt sie den eigentlich unbeteiligten Finanzintermediär bei Ausübung seines Berufs einer Bestrafung wegen unterlassener Anzeige nach Art. 37 GwG aus bzw. einer Verletzung des strafbewehrten Bankgeheimnisses. Sofern der Financier die gebotene Sorgfalt angewandt hat, aber dennoch keine Geldwäsche vorlag, trägt der Kunde den Schaden. Darüber hinaus obliegt der Kontrollstelle gemäß Art. 21 GwG eine eigene Anzeigepflicht.

Seit Einführung des Gesetzes gingen bis zum 1.9.1998 bei der Zentralstelle in Bern 74 Anzeigen ein. In 49 Fällen wurden Ermittlungsverfahren eingeleitet und 175 Mio. SFR wurden "eingefroren". In einem Drittel der Fälle geht es um Anlagebetrug. 80 % der Anzeigen stammen von Banken. Das Personal soll nun von zwei auf zehn Mitarbeiter erhöht werden.²²

f) Sanktionen

Nach Art. 36 GwG kann das Tätigwerden als Finanzintermediär ohne notwendige Bewilligung nach Art. 14 GwG mit bis zu 200.000 SFR geahndet werden. Die Verletzung der Meldepflicht kann ebenfalls mit einer Geldbuße von bis zu 200.000

²² Handelsblatt v. 25./26.9.1998, S. 25.

SFR bestraft werden. Schließlich wird die Mißachtung von Verfügungen der Aufsichtsbehörden oder der Kontrollstelle mit Geldbuße bis zu 50.000 SFR bedroht.

Mit Unterzeichnung der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken verpflichtet sich die jeweilige Bank zur Zahlung einer Konventionalstrafe an die Bankiervereinigung, wenn sie die in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken enthaltenen Bestimmungen nicht einhält. Die Strafe kann nach Art. 11 VSB bis zu 10 Mio. SFR betragen. Im Zeitraum von Oktober 1990 bis September 1992 waren insgesamt 19 Verletzungen festgestellt worden. Diese sind mit bis zu 250.000 SFR geahndet worden. Im folgenden Jahr sind zehn Strafen wegen fehlender Identifizierungen und der Irreführung der Behörden durch das Ausstellen falscher Dokumente verhängt worden. Die Strafen betrugen zwischen 2.000 und 200.000 SFR.²³ Im Zeitraum von 1995 bis 1997 wurden von der Aufsichtskommission 13 Konventionalstrafen verhängt, die den Betrag von 10.000 SFR überstiegen. Eine Strafe betrug 500.000 SFR. Bei den Verstößen ist der Bank das Verhalten ihrer Mitarbeiter zuzurechnen.²⁴

Werden die Verpflichtungen der Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission nicht eingehalten oder beteiligt sich die Bank fahrlässig – damit straflos – an einer Geldwäschetransaktion, dann könnte dies mit dem dafür vorgesehenen bankaufsichtsrechtlichen Instrumentarium sanktioniert werden. Das Verhalten stünde im Widerspruch zur einwandfreien Geschäftstätigkeit bzw. zur angemessenen Verwaltungsorganisation. Darüber hinaus können Verstöße gegen das Geldwäschegesetz und die Vereinbarung über Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, die der Eidgenössischen Bankenkommission zum Beispiel durch die Bankrevision mitgeteilt wurden, mit aufsichtsrechtlichen Maßnahmen geahndet werden. Die entsprechende Kompetenz ist quasi deklaratorisch in Art. 12, 16 GwG niedergelegt.

2. Strafrecht

Ursprünglich war die strafrechtliche Erfassung der Geldwäsche seit 1986 in ein umfassendes Reformprogramm zur Revision des Strafgesetzbuchs eingebunden, doch wurde die Geldwäschegesetzgebung nach Bekanntwerden der Libanon-Connection 1988 aus dem Reformpaket herausgetrennt und in einem unüblich schnellen Gesetzgebungsverfahren zwei neue Straftatbestände – Art. 305bis und 305ter StGB-CH – geschaffen, die am 1.8.1990 in Kraft getreten sind.

a) Der Grundtatbestand

Der ebenfalls unter die Rechtspflegedelikte eingeordnete Art. 305bis StGB-CH ähnelt dem deutschen § 261 StGB; allerdings sind die materiellen Anforderungen an die Vortaten einfacher ausgestaltet. Der Tatbestand enthält keinen enumerativen Vorstrafenkatalog, sondern setzt eine Vortat voraus, die nach schweizerischem Recht als "Verbrechen" zu qualifizieren ist.²⁵ Die Beweisprobleme dürften in der Schweiz

²³ KÖNDGEN, JOHANNES: *Gesetzesentwürfe zur Bekämpfung der "Geldwäsche"*. in: ZBB 1992, S. 66 ff..

²⁴ Tätigkeit der Aufsichtskommission 1995-1997, S. 33.

²⁵ ACKERMANN: a.a.O., S. 220 ff. Zu berücksichtigen ist bei einem Vergleich allerdings, daß der schweizerische Begriff des "Verbrechens" wesentlich weiter ist als der deutsche.

allerdings in zugespitzter Form auftreten, da der überwiegende und gewichtigere Anteil der Schweizer Fälle an im Ausland begangene Vordelikte anknüpft.²⁶

aa) Tathandlungen

Tathandlung ist jede Handlung, "die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln." Da es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, entfällt die Schwierigkeit des Nachweises einer effektiven Vereitelung oder Gefährdung, wie sie im deutschen Recht nach § 261 Abs. 1 StGB erforderlich ist. Außerdem ist die Frage, welche Handlungen abstrakt als geeignet zur Vereitelung zu gelten haben, gerade im Bankbereich für eine Vielzahl von Standardkonstellationen ungeklärt, für den scheinbar einfachen Fall der Bareinzahlung auf ein Konto ebenso wie für den Fall der Ausführung einer Überweisung oder Barauszahlung.

Ganz abgesehen davon, daß die Einzahlung auf ein Konto trotz der damit verbundenen abstrakten Gefährdung aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden durchaus vorteilhaft sein könnte, weil erst durch sie die gewünschte "paper trail" entsteht, ist es im Fall der Ausführung eines Überweisungsauftrags recht schwer, Beispiele zu bilden, bei denen nicht zumindest auf irgendeine Weise die Auffindung der Werte erschwert wird. Als besonders riskant – und daher abstrakt geeignet, die Einziehung zu vereiteln – ist jede Form der Barauszahlung einzustufen, und zwar selbst dann, wenn sie mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung einhergeht, den die EBK-Richtlinie als Option bei Verdacht anbietet.²⁷

Die spezielle Frage, ob der Geldwäschetatbestand auch durch Unterlassen zu verwirklichen ist, wird meist mit dem Hinweis auf fehlende Garantenpflichten verneint. Dem ist zuzustimmen, soweit Sorgfaltspflichten auf der Basis von Ständerecht oder Verwaltungspraxis nicht die erforderliche Garantenstellung zu begründen vermögen. Zusammenfassend muß festgehalten werden, daß auch der schweizerische Geldwäschereitatbestand objektiv so weit gefaßt ist, daß nahezu alle Bankgeschäfte ein strafrechtliches Risiko in sich tragen. Die Ausgrenzung nicht strafbarer Fälle wird sich daher wie im deutschen Recht eher an der ebenfalls schwierigen und umstrittenen Vorsatzfrage entscheiden.

Im Ergebnis wird man für den Bankbereich festhalten können, daß der Tatbestand des Art. 305bis StGB-CH ähnlich weit greift wie § 261 StGB: Objektiv kann praktisch jede Banktransaktion als tatbestandsmäßige Handlung interpretiert werden, namentlich die Annahme, die Verwaltung sowie jede Überweisung und Auszahlung von Vermögenswerten. Subjektiv wird die entscheidende Risikoschwelle überschritten, sobald ein begründeter Verdacht vorliegt. Wie im deutschen Recht wirkt der Tatbestand damit als "Fernhaltenorm" und führt zu einer faktischen Anzeigepflicht.²⁸

²⁶ STRATENWERTH, in: Pieth, Mark (Hrsg.): *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?* Basel u.a. 1982, S. 106 f.

²⁷ WERNER: a.a.O., S. 290.

²⁸ WERNER: a.a.O., S. 292.

ab) Vorsatz

Hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen findet sich zumindest formal betrachtet eine deutliche Abweichung vom deutschen Recht: Anders als § 261 StGB kann Art. 305bis StGB-CH nur vorsätzlich verwirklicht werden. Mit der Formulierung "weiß oder annehmen muß" – übernommen aus dem Hehlereitstatbestand Art. 160 StGB-CH – wird nur klargestellt, daß Eventualvorsatz ausreichend ist. Die Anforderungen an den Vorsatz werden überwiegend nicht besonders hoch angesetzt. Es soll ausreichen, daß der Täter die verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte als eine mögliche Variante einkalkuliert und die Handlung dennoch ausführt.²⁹ Bankangestellte, die "deutliche Hinweise" oder einen "klaren Verdacht" auf die verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten haben, sind damit schnell dem Vorwurf eventualvorsätzlicher Geldwäsche ausgesetzt. Diese Handhabung des Vorsatzes zeigt eine Annäherung zur groben Fahrlässigkeit, so daß der inhaltliche Unterschied zur deutschen Regelung geringer ist, als der formale Unterschied vermuten läßt.³⁰

ac) Keine Möglichkeit der Strafbefreiung

Ein Unterschied zur deutschen Regelung liegt darin, daß Art. 305bis StGB-CH keine mit § 261 Abs. 9 StGB vergleichbare Strafbefreiungsregelung aufweist. Um das zentrale Ziel einer gesteigerten Anzeigebereitschaft im Finanzbereich zu unterstützen und einen Ausgleich zwischen faktischer Anzeigepflicht und möglicher Selbstbelastung zu schaffen, ist zu überlegen, eine solche Regelung in den schweizerischen Geldwäschetatbestand einzufügen. Freilich sollte die komplizierte und wenig sachgerechte Differenzierung des § 261 Abs. 9 StGB nicht übernommen werden. Die Strafbefreiungsregelung sollte mit Ausnahme der Fälle positiver Kenntnis ohne Einschränkungen zur Anwendung kommen. Auf sorgfaltswidriges Verhalten im Verdachtsfall, insbesondere eine verspätete Anzeige, sollte besser nur aufsichtsrechtlich bzw. verwaltungsstrafrechtlich – z.B. über Art. 14 VE-GwG reagiert werden.

b) Fahrlässige Geldwäsche

Auf die Einbeziehung der grob fahrlässigen Geldwäsche in den Tatbestand des § 305bis StGB-CH ist in der Schweiz nach kontroversen Beratungen bewußt verzichtet worden. Neben systematischen Bedenken war insbesondere das Argument von Gewicht, ein Fahrlässigkeitstatbestand sei mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 1 StGB-CH nicht zu vereinbaren, weil weder Sorgfaltspflichten noch Sorgfaltsmaßstab feststünden.³¹

Quasi als Ersatz für einen allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestand im Rahmen des Art. 305bis StGB-CH hat die Schweiz den weiteren Tatbestand der "Mangelnden

²⁹ Zu möglichen Einschränkungen über das Willenselement des Vorsatzes vgl. Ackermann, a.a.O., S. 287.

³⁰ WERNER, a.a.O., S. 291 f.

³¹ ACKERMANN, a.a.O., S. 92 f.

Sorgfalt bei Geldgeschäften" (Art. 305ter StGB-CH) geschaffen.³² Der Tatbestand ist als abstraktes Gefährdungsdelikt konzipiert. Strafbar ist bereits das schlichte – aber vorsätzliche – Unterlassen der gebotenen Identitätsfeststellung. Der schwierige Nachweis der deliktischen Herkunft der Vermögenswerte ist somit im Rahmen des Art. 305ter StGB-CH nicht erforderlich.

Nicht übersehen werden sollte, daß die Vorschrift gegenüber einem allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestand einen deutlich eingeschränkten Anwendungsbereich hat. Zum einen kann Täter nur sein, "wer berufsmäßig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft". Art. 305ter StGB-CH ist somit ein auf das Finanzgewerbe zugeschnittenes Sonderdelikt. Zum anderen begründet die Vorschrift keine allgemeine Sorgfaltspflicht für diesen Personenkreis, sondern fordert als speziellen Ausschnitt lediglich die sorgfaltsgemäße Feststellung des jeweils wirtschaftlich Berechtigten.

Nachteilig tritt hinzu, daß die Vorschrift keineswegs das Bestimmtheitsproblem eines allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestandes gemeistert hat. Auch bei Art. 305ter StGB-CH ist bislang nicht eindeutig geklärt, welche konkreten Maßnahmen die "nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten" gefordert werden. Für den Bankbereich läßt sich diese Frage noch am ehesten beantworten, weil hier zulässigerweise auf tradierte Regeln der VSB und die Aufsichtspraxis der EBK zurückgegriffen werden kann.

Ohne Frage wird allerdings Art. 305ter StGB-CH in seiner pflichtbegründenden Funktion als "ersatzweises Finanzaufsichtsrecht" an Bedeutung verlieren, wenn mit dem geplanten Geldwäschereigesetz für den gesamten Finanzsektor in konkreterer Form Identifizierungspflichten in Kraft treten werden. Auch im Geldwäschereigesetz werden Verstöße gegen Identifizierungspflichten als Verwaltungsstraftaten sanktioniert.

c) Bankgeheimnis und Melderecht

Ebenso wie sein deutsches Pendant gilt das Schweizer Bankgeheimnis im Strafverfahren nicht, d.h. es schützt nicht gegen strafprozessuale Auskunftsverlangen, Durchsuchungen oder Beschlagnahmen. Dem Banker steht auch kein Zeugnisverweigerungsrecht zu.

Der durchgreifende Unterschied besteht jedoch darin, daß das Schweizer Bankgeheimnis strafrechtlich abgesichert ist. Nach Art. 47 BankG ist grundsätzlich jede Weitergabe von Informationen bezüglich eines Bankkunden außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen (Art. 47 Ziff. 4 BankG) unter Strafe gestellt. Unklar und umstritten ist aufgrund dieser Regelung, welche strafrechtlichen Folgen an den Fall zu knüpfen sind, bei dem ein Bankangestellter einen Kunden wegen eines Geldwäsche-Verdacht bei der Behörde anzeigt. Formal betrachtet erfüllt ein solches Verhalten den Tatbestand des Art. 47 BankG-CH, weil die vom Bankangestellten ausgehende Meldung nicht "gesetzlich" zugelassen ist. Da die in den Art. 32 bis 34 StGB-CH vorgesehenen Rechtfertigungsgründe die Meldung ebenfalls nicht decken,

³² Die Vorschrift lautet: "Wer berufsmäßig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterläßt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft oder Buße bestraft."

muß der Bankangestellte auf die umstrittene Auffassung vertrauen, die hier mit einem übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund abhelfen will. Aufgrund der bestehenden Unsicherheiten ist zu begrüßen, daß der Gesetzgeber mit der Einführung eines ausdrücklichen Melderechtes in Art. 305ter Abs. 2 StGB-CH Klarheit geschaffen hat.³³

II. Luxemburg

Die luxemburgischen Banken sind seit Ende 1989 gezwungen, sich an der Bekämpfung der Geldwäsche zu beteiligen. Mit Rundschreiben vom 15.11.1989 dokumentierte das "Institut Monétaire Luxembourgeois" damals Sorgfaltspflichten, deren Mißachtung zur Bestrafung wegen fahrlässiger Geldwäsche führen kann.

1. Regelungsumfang

Regelungen zur Geldwäsche finden sich in Luxemburg in Art. 8 – 1 des Gesetzes vom 7.7.1989³⁴, im Gesetz vom 11.08.1998³⁵, das eine Reihe von Straftatbeständen formuliert, und in Art. 38 bis 40 BankG.³⁶ Anders als in der Bundesrepublik wurde zur Umsetzung der EG-Geldwäscherichtlinie kein eigenes Gesetz geschaffen, sondern die Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäsche in das Bankaufsichtsrecht integriert. Es hält sich an den Richtlinienentwurf wesentlich enger als das Geldwäschegesetz und geht nicht über dessen Anforderungen hinaus. Das Rundschreiben vom November 1989 wurde von einem Rundschreiben des "Institut Monétaire Luxembourgeois" vom 25.11.1994 abgelöst, das die gesetzlichen Pflichten präzisiert.

2. Die Regelungen im einzelnen

Adressat der aufsichtsrechtlichen Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche sind nach Art. 38 Abs. 1 BankG Banken und andere Gewerbetreibende auf dem Gebiet des Finanzwesens. Dazu zählen z.B. Kreditinstitute, Finanzinstitute, Vermögensverwalter und Geldwechsler. Die Bestimmungen gelten auch für Niederlassungen und Zweigstellen im Ausland sowie Tochtergesellschaften, wenn daran eine qualifizierte Beteiligung besteht. Geldwäsche ist in diesem Zusammenhang jede Handlung, die der Verheimlichung, der Verschleierung, dem Erwerb, dem Besitz, dem Gebrauch, der Anlage, der Verwahrung oder dem Transfer von Erlösen aus Verbrechen oder Vergehen dient, die das Gesetz als taugliche Vortat einer Geldwäsche ansieht. Dies waren bis zum 10.9.1998 nur bestimmte Verstöße gegen das Gesetz vom 19.2.1973 über den Verkauf von Medikamenten und den Kampf gegen die Drogensucht; 1998 wurde der Vortatenkatalog erheblich erweitert, so daß nun alle Straftaten dazu gehören, die mit Freiheitsstrafe bedroht sind, außerdem Straftaten krimineller

³³ WERNER: a.a.O., S. 294.

³⁴ Art. 8 - 1 des Gesetzes vom 7.7.1989 zur Änderung des Gesetzes vom 17.2.1973 bezüglich des Verkaufs von Medikamenten und den Kampf gegen die Drogensucht, SB. A 1989, Nr. 50, S. 923.

³⁵ Loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au code pénal, Abl A 1998, S. 1455.

³⁶ Art. 38-40 des Gesetzes für den Finanzsektor vom 5.4.1993, BankG, Abl 1993, S. 461.

Vereinigungen, Korruptionsstraftaten und Verstöße gegen das Waffengesetz, allerdings keine Steuerstraftaten.³⁷

a) Identifizierungspflicht

Bei der Eröffnung eines Kontos für einen neuen Kunden verlangt die luxemburgische Aufsichtsbehörde für den Finanzsektor nicht nur eine Identifizierung, sondern darüber hinaus ein Kennen des Kunden.³⁸ Da die Begründung einer Geschäftsbeziehung in Ansehung der Person geschieht, muß der Kunde beurteilt werden können. Diese Beurteilung muß sich auf Informationen über den Kunden, seine Tätigkeit und das Ziel des angestrebten Geschäfts stützen, weil hierdurch das Risiko begrenzt wird, für Geldwäsche mißbraucht zu werden.

Schon vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes für den Finanzsektor war aufgrund der luxemburgischen Abgabenordnung die Identität des Kunden festzustellen, und aufgrund von Art. 23 des Gesetzes vom 16.5.1891 über den Verlust der auf Inhaber lautenden Inhaberpapiere ist jedermann unabhängig von einer Betragsgrenze zu identifizieren, mit dem die Bank Geschäfte über Inhaberpapiere ausführt. Eine weitere Identifizierungspflicht gilt beim Kauf oder Verkauf von Gold oder Silber, die ebenfalls unabhängig von einer Betragsgrenze eingreift.³⁹

Bereits mit dem Rundschreiben vom 15.11.1989 wurden die Banken verpflichtet, Kunden zu identifizieren, die häufig und in bedeutendem Umfang Bartransaktionen durchführen, insbesondere Käufe und Verkäufe von Edelmetallen und Sorten. Neu am Bankgesetz war lediglich die nun generelle Identifizierungspflicht nach Art. 39 Abs. 2, die dann eingreift, wenn die Höhe der Transaktion den Wert von 500 000 FLux übersteigt, unabhängig davon, ob es sich um ein Geschäft handelt oder um mehrere Einzelgeschäfte, die miteinander in Verbindung zu stehen scheinen. Generell identifiziert werden muß nach Art. 39 Abs. 4 BankG, wenn ein Verdachtsfall vorliegt. Über typische Verdachtsfälle werden die Mitarbeiter durch Schulungen unterrichtet. Reichen die Angaben der Identifizierung oder die Antworten auf zusätzlich gestellte Fragen nicht aus, den Verdacht zu entkräften, muß der Mitarbeiter von der Ausführung der Transaktion Abstand nehmen.⁴⁰

Ausgeschlossen von der Legitimation sind nach Art. 39 Abs. 5 BankG alle diejenigen, die ihre Kunden selbst nach Maßgabe des Gesetzes identifizieren müssen oder einer vergleichbaren Identifizierungspflicht unterliegen. Dazu gehören auch die deutschen Kredit- und Finanzinstitute.

Die Identität natürlicher Personen muß anhand eines amtlichen Ausweispapiers festgestellt werden, während bei juristischen Personen amtliche Dokumente wie Handelsregisterauszug und Satzung der Gesellschaft herangezogen werden. Geht der Kunde einer Tätigkeit auf dem Finanzsektor nach, die die Verwaltung von Geldern Dritter mit einschließt, ist die Kopie der hierzu erforderlichen Zulassung oder die

³⁷ SCHERP: *Internationale Tendenzen der Geldwäschebekämpfung*. in: wistra 1998, S. 81 ff., S. 82.

³⁸ Nach Art. 39 Abs. 1 BankG ist u.a. jedes Kreditinstitut verpflichtet, seine Kunden zu kennen. Jeder Kunde ist anhand eines Ausweispapiers bei der Eröffnung eines Kontos, eines Sparbuchs, eines Depots oder bei Vermietung eines Schließfaches zu identifizieren.

³⁹ FÜLBIER, in: Fülbiel/Aepfelbach: GwG. Länderbericht Luxemburg, Rz. 7 f. mit weiteren Nachweisen.

⁴⁰ FÜLBIER, in: Fülbiel/Aepfelbach: GwG. Länderbericht Luxemburg, Rz. 11.

Notiz, daß eine Zulassung nicht verlangt wird, den Unterlagen beizufügen. Kontoeröffnungen müssen schriftlich von einem Vorgesetzten genehmigt werden, der zu prüfen hat, ob für diesen Kunden ein Konto eröffnet werden soll, und zugleich die Verantwortung für die ordnungsgemäße Identifizierung übernehmen muß. Bei brieflicher Kontoeröffnung müssen die notwendigen Angaben in den Kontoeröffnungsunterlagen von einer befugten Stelle wie Botschaft, Konsulat oder Notar als richtig bestätigt werden.

Die Identifizierung muß abgeschlossen sein, bevor der Kunde Verfügungen vornehmen darf. Insbesondere ist es den Mitarbeitern nicht gestattet, etwaige Mittel auszuzahlen oder zu überweisen, solange die Identität des Kunden nicht zur vollen Zufriedenheit geklärt ist. Bei einer in Gründung befindlichen Gesellschaft ist es erlaubt, das Konto auf Basis der Identifizierung der Gründer zu eröffnen und einem Notar das Zertifikat über die Sperre der empfangenen Mittel auf dem Konto zuzustellen. Die Identifizierung der Gründer muß mit deren Bestätigung versehen sein, daß sie für eigene Rechnung oder daß sie für andere wirtschaftlich Berechtigte handeln, die von ihnen zu benennen sind. Die Identifizierung und die dazugehörige Dokumentation einer solchen Gesellschaft und ihrer wirtschaftlich Berechtigten müssen sofort nach der Gründung der Gesellschaft vervollständigt werden, bevor der Mitarbeiter Verfügungen über die auf dem Konto befindlichen Mittel zuläßt.⁴¹

Sofern die Kontoeröffnung über ein Kreditinstitut beantragt wird, mit dem ein Kooperationsabkommen besteht, kann dem Antrag Folge geleistet werden, bevor eine neue Identifizierung des Kunden durch dieses Kreditinstitut stattgefunden hat, sofern das eröffnete Konto nur zugunsten des Kundenkontos bei diesem Kreditinstitut belastet werden kann. In Altfällen hat die Bank das Recht, die Identifizierung bei der ersten Gelegenheit nachzuholen, darf aber auf solchen Konten bestehende Guthaben erst freigeben, wenn die Identität geklärt ist. Um eine versehentliche Freigabe von Guthaben noch nicht vollständig identifizierter Kunden zu verhindern, sind innerbetriebliche Maßnahmen zu treffen, um entsprechende Verfügungen auszuschließen. Dem Abschlußprüfer ist eine Liste der Konten zu geben, die noch nicht vollständig identifiziert sind.

b) Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Falls Zweifel bestehen, daß der zu Identifizierende auf eigene Rechnung handelt oder wenn Gewißheit über Handeln für Rechnung eines anderen besteht, müssen sich die Kreditinstitute nach Art. 39 Abs. 3 BankG über die Identität des wirtschaftlich Berechtigten Gewißheit verschaffen. Das "Institut Monétaire Luxembourgeois" rät über die gesetzliche Pflicht hinaus, vom Kunden stets eine Erklärung zum wirtschaftlich Berechtigten zu verlangen. Hegt der Mitarbeiter Zweifel, ob sein Kunde für eigene Rechnung handelt, muß er diesen Zweifel ausräumen, indem er vom Kunden eine schriftliche und glaubhafte Erklärung verlangt, daß dieser für eigene Rechnung handelt. Der Zweifel kann nicht durch eine Negativerklärung des Kunden oder Bestätigung eines Dritten ausgeräumt werden. Um Informationen über die Identität des wirtschaftlich Berechtigten zu erlangen, sind angemessene Maßnahmen zu ergreifen.

⁴¹ FÜLBIER, in: Fülbiel/Aepfelbach: GwG. Länderbericht Luxemburg, Rz. 24.

Es gibt auch keine Ausnahme für bestimmte Berufsgruppen wie etwa Rechtsanwälte oder Notare. Kann der Mitarbeiter seine Zweifel nicht beseitigen, muß er von einer Geschäftsverbindung mit diesem Kunden Abstand nehmen.

Ein abweichend wirtschaftlich Berechtigter ist stets zu identifizieren. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Kontoinhaber selbst einer Pflicht zur Identifizierung seiner Kunden nach dem Bankgesetz unterliegt. Das "Institut Monétaire Luxembourgeois" empfiehlt, sich in jedem Fall ein Schreiben des wirtschaftlich Berechtigten vorlegen zu lassen, in dem die Angaben des Kunden belegt werden. Teilweise verlangen die luxemburgischen Institute, daß ihnen ein direktes Herantreten an den wirtschaftlich Berechtigten ermöglicht wird.⁴²

c) Erhöhte Aufmerksamkeit

Bei verdächtigen Transaktionen sind die Adressaten des Gesetzes gemäß Art. 39 Abs. 7 BankG verpflichtet, das Geschäft mit besonderer Aufmerksamkeit zu prüfen. In diesem sehr vage formulierten Punkt ist das Rundschreiben des "Institut Monétaire Luxembourgeois" eine Auslegungshilfe. Danach liegt eine auffällige Transaktion zum Beispiel dann vor, wenn das Geschäft in keinem Verhältnis zur kommerziellen Tätigkeit des Kunden steht. Sofern die Nachfrage beim Kunden zufriedenstellend ist, greifen keine weiteren Verpflichtungen; andernfalls ist die Transaktion nicht auszuführen oder anzuzeigen.⁴³

d) Aufzeichnung und Auskunftsrecht

Die Unterlagen und Angaben bezüglich der Identifizierung müssen mindestens fünf Jahre aufbewahrt werden, wobei die Frist erst dann beginnt, wenn die Geschäftsbeziehung beendet wird. Daten bezüglich der Transaktionen sind gemäß Art. 39 Abs. 6 BankG mindestens fünf Jahre aufzubewahren, gerechnet ab Ausführung des Geschäfts.

Die Kreditinstitute haben nach Art. 40 Abs. 1 und 2 BankG gegenüber den zuständigen Behörden Auskünfte zu erteilen. Diese dürfen die eingeholten Informationen gemäß Art. 40 Abs. 2 Satz 3 BankG ausschließlich zur Bekämpfung der Geldwäsche verwerten. Die aufzubewahrenden Unterlagen zur Identifizierung eines Kunden müssen die vom Kunden unterzeichnete Kontoeröffnung, eine Kopie der zur Identifizierung erforderlichen amtlichen Dokumente und Unterlagen zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten umfassen.

e) Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht lehnt sich nahezu wörtlich an die EG-Vorgabe an.⁴⁴ Nach Art. 40 Abs. 2 BankG ist die Staatsanwaltschaft über Tatsachen zu unterrichten, die Indiz für eine Geldwäsche sein könnten. Damit sind die Geschäftsvorfälle gemeint, die in Deutschland als "Verdachtsfälle" bezeichnet werden. Hinsichtlich des Gegenstandes

⁴² SCHERP: a.a.O., S. 82.

⁴³ FÜLBIER, in: Fülbiér/Aepfelbach: GwG. Länderbericht Luxemburg, Rz. 34.

⁴⁴ Art. 6 Abs. 1 RL 91/308/EWG.

der Anzeigepflicht besteht also kein Unterschied zum deutschen Recht. Ein Unterschied besteht aber, wenn es um den Umgang mit verdächtigen Geschäften geht. Das verdächtige Geschäft darf erst ausgeführt werden, wenn die Staatsanwaltschaft dies nach Erstattung der Anzeige durch die Bank erlaubt oder der zweite Werktag nach dem Abgangstag der Anzeige verstrichen ist. In Luxemburg läßt sich der Gesetzestext jedoch so auslegen, daß die Transaktion nur so lange nicht ausgeführt werden darf, wie keine Anzeige abgegeben wurde. Das Geschäft könnte gemäß Art. 40 Abs. 3 BankG also sofort ausgeführt werden, nachdem die Staatsanwaltschaft informiert wurde. Diese Möglichkeit wird durch ein Rundschreiben des "Parquet du Tribunal D'Arrondissement" vom 12.05.1993 eingeschränkt, wonach mit der Anzeige wie in Frankreich die Frist anzugeben ist, innerhalb derer das Geschäft auszuführen ist. Die Staatsanwaltschaft wird in dringenden Fällen kurzfristig telefonisch, spätestens jedoch am folgenden Werktag mitteilen, wie mit der Transaktion zu verfahren ist. Der luxemburgische Banker käme deshalb nicht wie der deutsche in Begründungsnöte gegenüber Kunden, weil sich die Ausführung des Geschäfts wegen der Wartezeit verzögert. Der Geldwäscher würde nicht durch eine Verzögerung vorgewarnt.

Diese im Vergleich zum deutschen Recht schon erheblich erleichterte Stillhaltepflicht entfällt – wie in Deutschland – vollends, wenn es sich um einen Eilfall handelt. In diesen Fällen ist die Anzeige nachträglich zu erstatten. In der Gesetzesbegründung wird diese Ausnahmeregelung für Eilgeschäfte in Anlehnung an die EG-Richtlinie damit begründet, daß die Nichtausführung oder die Verzögerung bestimmter eiliger Transaktionen bis zur Abgabe der Meldung an die Staatsanwaltschaft den Kunden warnen und auf die Anzeige aufmerksam machen würde.⁴⁵ Ohne diese Ausnahmeregelung käme der Bankangestellte stets in Konflikt mit der Vorschrift, derzufolge die Unterrichtung des Kunden über die Abgabe der Anzeige – auch durch konkludentes Handeln – verboten ist. Mit dieser Begründung wird zugleich definiert, was unter Eilgeschäften zu verstehen ist, nämlich jedes Geschäft, bei dem eine Verzögerung der Ausführung den Kunden skeptisch werden ließe. Das trifft z.B. auf alle Bargeschäfte zu.

Die Anzeige soll nach Art. 40 Abs. 2 BankG durch den Geldwäschereibeauftragten erfolgen, der nach Art. 41 Abs. 6 BankG bei Vornahme einer Anzeige an die luxemburgischen Strafverfolgungsbehörden nicht gegen die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses verstößt. Die Kunden dürfen über die Abgabe der Anzeige nicht informiert werden; die Verwertung der Daten ist auf die Bekämpfung der Geldwäsche beschränkt.⁴⁶

f) Interne Sicherungsmaßnahmen

Das Rundschreiben des "Institut Monétaire Luxembourgeois" vom 25.11.1994⁴⁷ empfiehlt allen Finanzgewerbetreibenden, einen Geschäftsführer als Geldwäschebeauftragten zu stellen. Der Name des Geldwäschebeauftragten sowie desjenigen, der

⁴⁵ Begründung zum Gesetzentwurf vom 27.2.1992 zu Art. 40, Abs. 3, S. 8, bezüglich des Finanzsektors, Nr. 3600 Chambre des Députés, Session ordinaire 1991-1992 v. 3.4.1992.

⁴⁶ Siehe auch: CARL, DIETER/KLOS, JOACHIM: *Geldwäschegesetz und Datenweitergabe zu Besteuerungszwecken*, in: DSZ 1994, S. 68 ff., S. 73.

⁴⁷ IML. Rundschreiben v. 25.11.1994, Nr. 94/112, S. 5.

gegenüber dem "Parquet" als Ansprechpartner bzw. Auskunftspflichtiger benannt worden ist, sind dem "Institut Monétaire Luxembourgeois" mitzuteilen. Darüber hinaus hat die Bank ein Programm zur Bekämpfung der Geldwäsche zu entwickeln, das die Politik der Bank, einzelne Verfahrensschritte und interne Kontrollmaßnahmen regelt. So müssen interne Grundsätze, Verfahren und Kontrollen zur Verhinderung von Geldwäsche entwickelt und durchgeführt werden. Dies beinhaltet z.B. die Erstellung eines Verfahrenshandbuchs und einer Geldwäshedokumentation sowie die Entwicklung eines Verfahrens, nach dem die Innenrevision die tatsächliche Einhaltung der Bearbeitungsschritte sowie der Vorschriften des Gesetzes und des Rundschreibens in Bezug auf Geldwäsche kontrolliert. Erforderlich ist weiter ein Programm von Schulungsveranstaltungen, die in regelmäßigen Abständen wiederholt werden und sich insbesondere an diejenigen Angestellten wenden, die direkten Kontakt mit der Kundschaft haben. Sie sollen ihnen helfen, Geldwäschevorgänge zu erkennen und sie über die sich anschließende Vorgehensweise unterrichten. Schließlich sollen noch regelmäßige Informationsveranstaltungen für alle Angestellten stattfinden, die in regelmäßigen Zeitabständen wiederholt werden und die Angestellten über die zu beachtenden Regeln und Verhinderungsmaßnahmen in Sachen Bekämpfung der Geldwäsche auf dem laufenden halten. Über die erstellte Dokumentation zum Arbeitsablauf und zur Schulung und Unterrichtung der Mitarbeiter ist das "Institut Monétaire Luxembourgeois" zu informieren.⁴⁸ Der externe Prüfer ist zu beauftragen, die Einhaltung der Pflichten aus dem Gesetz und dem Rundschreiben des "Institut Monétaire Luxembourgeois" Nr. 94/112 zu prüfen.

g) Sanktionen

Das Bankenaufsichtsrecht sieht, anders als das deutsche Recht, keine speziellen Strafvorschriften für die Mißachtung der in den Art. 38 und 40 BankG enthaltenen Verpflichtungen vor. Es können danach nur die allgemeinen Sanktionen aus Art. 63 und 64 BankG zum Tragen kommen; diese dürften hier aber nur in Ausnahmefällen anzuwenden sein.

Die Verletzung der aufgeführten Sorgfaltspflichten kann aber aufgrund des Art. 8–1 des Gesetzes vom 7.7.1989 bezüglich des Verkaufs von Medikamenten und der Bekämpfung der Drogensucht bzw. des neuen Gesetzes vom 11.8.1998 über die Geldwäsche zu einer Bestrafung wegen fahrlässiger Geldwäsche führen. Diese Strafbestimmungen sind vergleichsweise streng. Nach Art. 8–1 wird mit einer Gefängnisstrafe von einem bis fünf Jahren sowie mit einer Geldstrafe von 5.000 bis zu 50 Mio. FLux oder einer dieser beiden Strafen derjenige bestraft, der wissentlich falsche Nachweise erbracht hat über die Herkunft von Einkünften oder Vermögen eines Täters aus einer der unter Art. 8 des Gesetzes vom 7.7.1989 genannten Straftaten oder dies versucht hat, oder derjenige, der vorsätzlich oder durch Nichtbeachtung seiner beruflichen Pflichten Hilfe zu jedweder Form von Geldanlagen, Verschleierung oder Umwandlung der Gewinne aus einer solchen Straftat gegeben hat.

Somit macht sich schon strafbar, wer unwissentlich durch Mißachtung beruflicher Sorgfaltspflichten zur Geldwäsche beiträgt. Damit greift in Luxemburg ein Fahrlässig-

⁴⁸ FÜLBIER, in: Fülbiel/Aepfelbach: GwG. Länderbericht Luxemburg, Rz. 43 f.

keitstatbestand, der an objektive Kriterien anknüpft und damit strenger ist als der des deutschen § 261 StGB (Leichtfertigkeit). Vor der Verabschiedung des Gesetzes war noch eine Einschränkung des Tatbestands auf grobe Fahrlässigkeit diskutiert worden, doch konnte sich dieser Ansatz nicht durchsetzen.

Die beruflichen Sorgfaltspflichten sind definiert durch das Rundschreiben des "Institut Monétaire Luxembourgeois" vom 25.11.1994 sowie Art. 38–40 BankG. In Luxemburg kann sich ein Banker daher z.B. einer Geldwäsche strafbar machen, wenn er die Identifizierungspflichten nicht befolgt. Er wird bestraft werden, wenn sich nachträglich herausstellt, daß eine mit einer Identifizierungspflicht verbundene Transaktion, die er ohne Legitimationsprüfung ausgeführt hat, einer Geldwäsche diene. Ein solcher Fall käme z.B. ans Licht, wenn ein überführter Geldwäscher geständig ist – ein Vorgang, der sich in den USA häufiger zugetragen hat.

III. Österreich

In Österreich wurden aufgrund des Beitritts in die Europäische Union (EU) am 1.1.1995 zahlreiche Gesetze an das EU-Recht angepaßt. In diesem Rahmen wurde auch die EG-Geldwäscherichtlinie in österreichisches Recht umgesetzt.

1. Überblick

In Österreich wurde der gleiche Weg wie in Luxemburg eingeschlagen. Die Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche sind mit Verabschiedung des Finanzmarktanpassungsgesetzes durch den Nationalrat am 7.7.1993 im Bankaufsichtsrecht, dem Bankwesengesetz, verankert worden. Die Bestimmungen sind zum 1.1.1994 in Kraft getreten.⁴⁹ Sie konkretisieren in § 39 BWG die Pflicht des Bankers, derzufolge die Geschäfte einer Bank mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i. S. d. § 84 Abs. 1 AktG zu führen sind. Ergänzt werden die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen durch den Straftatbestand der Geldwäsche,⁵⁰ der 1993 in Kraft getreten ist. Zuvor hatten sich die Banken freiwillig einer Erklärung zur besonderen Sorgfalt unterworfen, die durch eine Erweiterte Sorgfaltspflichterklärung abgelöst wurde, die am 13.1.1992 in Kraft trat. Diese Maßnahmen erfüllten jedoch noch nicht die EU-Norm. Schwachpunkt war die lückenhafte Identifizierungspflicht.⁵¹ Außerdem war umstritten, ob es sich bei diesen Regeln um rechtlich verbindliche Bestimmungen handelt. Eine generelle Aufhebung der Anonymität von Spareinlagen und Wertpapierdepots war zunächst nicht im Bankwesengesetz vorgesehen. Eine generell geltende Legitimationsprüfung, die dieses Problem hätte lösen können, wurde zwar diskutiert, leider aber wieder verworfen. Es wundert daher nicht, daß diese Praxis als Möglichkeit zur Geldwäsche von der "Financial Action Task Force" (FATF) kritisiert wurde.

⁴⁹ Bankwesengesetz, BWG, BGBl. I 1993, 3903 i.d.F. vom 1.8.1996, BGBl. V. 22.8.1996, 3109, 3133 f.; Klippel, S. 1 ff.

⁵⁰ Straßengesetzbuch, StGB, BGBl. 1993 vom 30.07.1993, 3869.

⁵¹ BOGENSBERGER: *Die Bestrafung der Geldwäscherei – Gefahr oder Chance für die Banken*. in: ÖBA 1992, S. 1049-1058, S. 1055 f.

Österreich ist nach Einschätzung der eigenen Strafverfolgungsbehörden ein Zentrum der Geldwäsche.⁵² Wegen der mangelhaften Umsetzung der EG-Geldwäscherichtlinie ist Anfang Februar 1996 eine schriftliche Aufforderung der EU-Kommission ergangen, anonyme Sparkonten und Depots abzuschaffen. Betroffen sind etwa 26 Mio. anonyme Sparkonten, die auf 8 Mio. "Inländer" zu verteilen wären.⁵³ Am 27.6.1996 hatte die EU-Kommission beschlossen, einen weiteren Warnbrief mit der Aufforderung an Österreich zu adressieren, diesen Mißstand zu beseitigen. Im Oktober 1997 hat die EU-Kommission schließlich Klage vor dem Europäischen Gerichtshof eingereicht.⁵⁴

Bezüglich der anonymen Depots für Inländer hat Österreich inzwischen "eingelenkt". Diese wurden mit Änderung des Bankwesengesetzes zum 1.8.1996 abgeschafft. Schließlich kritisiert die "Financial Action Task Force" die laxe Handhabung der Geldwäschebestimmungen durch Lebensversicherer und Spielbanken. So gelte für Spielbanken keine Verdachtsanzeigepflicht, und Gewinne würden anders als in anderen Ländern häufig in bar ausgezahlt.⁵⁵

2. Die einzelnen Regelungen

a) Identifizierungspflicht

Eine Pflicht zur Identifizierung ist nach § 40 BWG vorgesehen bei der Anknüpfung einer dauernden Geschäftsbeziehung, ausgenommen bei der Eröffnung von Sparbüchern. Seit dem 1.8.1996 ist nach § 40 Abs. 1 BWG eine Identifizierung bei der Eröffnung von Wertpapierdepots erforderlich. Diese Verpflichtung gilt nach § 40 Abs. 5 BWG indes nicht für Altfälle, also Depotkonten, die vor dem 1.8.1996 eröffnet wurden. Nur dann, wenn neue Wertpapiere in ein Altdpot eingeliefert werden, ist eine Identifizierung nachzuholen, um die Verfolgung von Insidergeschäften künftig auch bei vormals anonymen Depots zu ermöglichen.

Der Abverkauf von Wertpapieren aus anonymen Altdpots bleibt unabhängig vom Betrag, also auch bei Überschreitung der 200000 öS-Grenze, anonym ebenso wie die Erneuerung von Kuponbögen, das Inkasso von Kupons und Tilgungserlösen. Bei Vermögensverwaltungsverträgen und Wiederveranlagungsaufträgen gab es eine Übergangsregelung bis zum 1.10.1996. Anfang 1996 soll es auf anonymen österreichischen Depots Wertpapiere im Wert von 300 bis 400 Mrd. öS gegeben haben.

Eine Identifizierungspflicht ist weiter vorgesehen bei Verdachtsfällen und bei allen nicht in den Rahmen einer dauernden Geschäftsbeziehung fallenden Transaktionen, deren Betrag sich auf mindestens 200.000 öS oder den entsprechenden Gegenwert beläuft (einschließlich "Smurfing"); diese Identifizierungspflicht gilt nicht für Transaktionen, die über anonyme Konten getätigt werden. Auch bei der Vornahme von Geschäften nach § 12 Depotgesetz ist eine Identifizierung nach § 40 BWG vorgesehen. Das sind Geschäfte, bei denen Banken Wertpapiere zu anderen Zwecken als zur

⁵² SISK: *Geldwäscherei – Die österreichische Variante*, in: Kriminalistik 1997, S. 169-174, S. 169.

⁵³ SISK: a.a.O., S. 169 f.

⁵⁴ FAZ vom 16.10.1997, S. 33.

⁵⁵ Handelsblatt v. 3.9.1997, S. 27.

Verwaltung anvertraut werden, also z.B. beim Ankauf von Wertpapieren, unabhängig von einer Betragsgrenze.⁵⁶

Mit den zum 1.8.1996 neu geschaffenen Identifizierungspflichten wollte man in erster Linie Insidergeschäften entgegenwirken, erst in zweiter Linie dem Mißbrauch zur Geldwäsche. Zu bemängeln bleibt die Zulässigkeit der Einrichtung anonymer Sparkonten, des anonymen Abverkaufs von Wertpapieren aus Altdepots unabhängig von einer Betragsgrenze und – mit Blick auf Insidergeschäfte – die Vornahme anonymer Tafelgeschäfte (An- und Verkäufe gegen Bargeld). Zwar soll das Finanzministerium in einer nachgereichten Erläuterung zur Neuregelung mitgeteilt haben, daß Effektenkäufe von Kunden am Bankschalter ebenfalls identifizierungspflichtig sind. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich dies jedoch nicht. Außerdem wären Effektenverkäufe von Kunden damit nicht erfaßt.⁵⁷

Nach österreichischem Recht ist es weiterhin zulässig, anonym Spareinlagen zu begründen. Nach § 31 Abs. 1, 3 BWG (früher: § 18 KWG) können Spareinlagen, also Einlagen, die nicht dem Zahlungsverkehr dienen, auf den Überbringer lauten. §§ 11 f. Depotgesetz, §§ 1, 40 BWG gestatteten bis zum 1.8.1996 die Eröffnung anonymer Wertpapierkonten. Allein aus diesem Grunde wurde Österreich häufig als Schlupfloch für Geldwäscher bezeichnet.

Mit devisenrechtlicher Kundmachung DL 2/91 hatte sich die Rechtssituation für Ausländer verschlechtert. Die Kundmachung wurde von der Österreichischen Nationalbank erlassen. Sie ist seit dem 4.11.1991 in Kraft. Danach sind Banken und Finanzinstitute verpflichtet, den devisenrechtlichen Status von Kunden zu klären und die Identität des Kunden anhand dazu tauglicher Urkunden festzustellen. Diese Vorschrift greift immer bei Ausländern; bei Inländern soll sie nur dann zum Tragen kommen, wenn diese ein Währungsguthaben begründen. Die Identitätsfeststellung und ihre Grundlagen sind danach zu dokumentieren. Wurde ein Treuhänder oder Vermögensverwalter eingeschaltet, hat dieser den wirtschaftlich Berechtigten anzugeben, wenn es sich dabei um einen Ausländer handelt. Bei Verletzung dieser Verpflichtung droht der Entzug der Bankkonzession nach § 31 Devisengesetz. Die Inländer- bzw. Ausländereigenschaft richtet sich devisenrechtlich nicht nach der Staatsbürgerschaft, sondern danach, ob der Wohnsitz oder der dauernde Aufenthalt im Inland oder im Ausland gelegen ist.⁵⁸ Diese Vorschrift läßt offen, wie der Banker erkennen soll, ob es sich um einen (Devisen-)Ausländer handelt. In einem Artikel von Peter Jobst⁵⁹ vom 14.10.1994 heißt es zu diesem Thema: "Wer partout anonym bleiben will, hat noch einen Ausweg: Er stellt sich bei der Bank als österreichischer Staatsbürger vor". Denn für österreichische Staatsbürger gilt diese einschränkende Regelung noch nicht. Als Mitglied der Europäischen Union wird Österreich keine andere Möglichkeit haben, als die Anonymität aufzuheben.

⁵⁶ Regierungsvorlage vom 21.5.1996, zur Änderung des BWG, 128 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX, GP, S. 3.

⁵⁷ FAZ v. 1.8.1996 = NJW 36/1996, XXXIII.

⁵⁸ SSKA: a.a.O., S. 169.

⁵⁹ JOBST, Wirtschaftswoche Nr. 42 vom 14.10.1994, S. 215.

b) Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Nach § 40 Abs. 2 BWG haben Kredit- und Finanzinstitute den Kunden aufzufordern anzugeben, ob er die Geschäftsbeziehung bzw. die Transaktion auf eigene oder fremde Rechnung betreiben will. Wird letzteres bejaht, muß der Kunde die Identität des Treugebers nachweisen. Bei schon bestehenden Konten, die auf fremde Rechnung geführt werden, war der Treugeber gemäß § 103 BWG bis zum 31.12.1994 bekanntzugeben und nachzuweisen.

Im Prüfungsbericht 1997 der "Financial Action Task Force" wird kritisiert, daß dieser gesetzlichen Vorgabe in der Praxis nicht entsprochen wird. Dem halten die österreichischen Banken entgegen, daß es aufgrund von Verfügungen des Finanzministeriums zulässig sei, bei Notaren, Wirtschaftstreuhandern und Rechtsanwälten als Treuhändern auf deren Bestätigung zu vertrauen. Diese sollen lediglich angeben, sie kennen Namen und Anschrift des Kunden, dieser sei Deviseninländer und es läge kein Geldwäscheverdacht vor.⁶⁰ Dies ist nach Maßgabe der EG-Geldwäscherichtlinie unzureichend. Das Institut selbst muß Kenntnis von Name und Adresse des Treugebers haben.⁶¹

c) Aufzeichnung und Verwertung von Daten

Die Daten zur Feststellung der Identität sowie Belege und Aufzeichnungen der Transaktionen sind gemäß § 40 Abs. 3 BWG bis mindestens fünf Jahre nach Beendigung der Geschäftsbeziehung bzw. nach Durchführung der Transaktion aufzubewahren. Die Daten dürfen nur mit den in § 41 Abs. 6 BWG vorgesehenen Einschränkungen verwertet werden. Danach dürfen die Daten nicht in einem ausschließlich wegen der in §§ 33–41 und 49–52 FinStrG geführten Verfahren zum Nachteil des Beschuldigten verwendet werden, im Ergebnis also nur zur Verfolgung der Geldwäsche und nicht zu steuerlichen Zwecken.

Ferner sind die Banken verpflichtet, interne Kontroll- und Mitteilungsverfahren einzuführen. Die Mitarbeiter der Institute sind mit den Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäsche vertraut zu machen und entsprechend zu schulen. Die Innenrevision hat die Umsetzung der Maßnahmen zu prüfen.

d) Zusammenarbeit mit den Behörden und Anzeigen

Die Erweiterte Sorgfaltspflichterklärung⁶² verlangt von den Banken die Bereitschaft, unter bestimmten Voraussetzungen mit den Behörden zusammen-zuarbeiten. Bei dem Verdacht, daß die Gelder aus krimineller Tätigkeit stammen, war die Bank bis zum 31.12.1993 gehalten, den Kunden abzuweisen oder die Verbindung zu ihm abzuberechnen.

Zur Zusammenarbeit mit den Behörden verpflichtet in Anlehnung an Art. 6 RL 91/308/EWG seit dem 1.1.1994 auch § 41 Abs. 1 BWG. Danach ist beibegründetem

⁶⁰ Handelsblatt v.3.9.1997, S. 27.

⁶¹ So auch ZEDER: *Treuhanderschaft und Geldwäscherei*. in: NZ 1995, S. 238-248, S. 245 f.; Siska, a.a.O., 169, 171.

⁶² Handelsblatt v. 7.2.1996.

Verdacht, daß eine bereits erfolgte, laufende oder bevorstehende Transaktion der Geldwäsche nach § 165 StGB dient oder der Kunde der Verpflichtung zur Offenlegung von Treuhandbeziehungen zuwiderhandelt, die nach § 6 SPG zuständige Behörde (Generaldirektion für öffentliche Sicherheit, Einsatzgruppe zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität EDOK)⁶³ zu verständigen und die Durchführung der betroffenen Transaktion grundsätzlich zu unterlassen. Die Kredit- und Finanzinstitute sind berechtigt, von der Behörde zu verlangen, daß diese entscheidet, ob gegen die unverzügliche Abwicklung einer Transaktion Bedenken bestehen; äußert sich die Behörde nicht bis zum Ende des folgenden Bankarbeitstages, so darf die Transaktion unverzüglich abgewickelt werden, § 41 Abs. 1 BWG.

1994 haben österreichische Banken 346 Transaktionen angezeigt. 75 Mio. öS sind aufgrund richterlicher Anordnung eingefroren worden. 1995 sind über 300 Anzeigen erstattet worden. Diese führten zur Beschlagnahme von 376 Mio öS. 1996 waren es 301 Anzeigen. 10 % der Anzeigen betrafen § 165 StGB (Geldwäsche), 9 % § 278 StGB (Kriminelle Organisation) und 7 % andere Straftaten. Eine endgültige Einziehung von Vermögenswerten gab es wegen der geringen Verurteilungsquote nur in 2 % der Fälle. Ein erheblicher Teil der Meldungen, die nicht zur Strafanzeige seitens der Einsatzgruppe zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (EDOK) gegenüber der Staatsanwaltschaft führten, betraf Steuervergehen. Diese durften nach § 41 Abs. 6 BWG nicht an Finanzbehörden weitergegeben werden.⁶⁴

Der Kunde und Dritte dürfen gemäß § 41 Abs. 4 BWG nicht von der Anzeige in Kenntnis gesetzt werden. Die Anzeigepflicht befreit gemäß § 41 Abs. 8 BWG zugleich vom österreichischen Bankgeheimnis. § 41 Abs. 7 bestimmt, daß weder das Institut noch dessen Geschäftsleiter oder deren Angestellte für Schäden zur Verantwortung gezogen werden können, die auf die Vornahme einer Anzeige zurückgehen.

e) Sanktionen

Am 1.10.1993 ist in Österreich das "Geldwäschereigesetz" in Kraft getreten.⁶⁵ Damit wurde ein eigener Tatbestand der Geldwäsche geschaffen, der Handlungen unter Strafe stellt, die bisher gem. §§ 165, 278 a StGB als erweiterte Ersatzhehlerei anzusehen waren.. Darin enthalten sind auch Bestimmungen zur Abschöpfung von Vermögenszuwächsen aus Straftaten, §§ 20–20c StGB. Die Regelungen zur Beschlagnahme wurden mit dem Strafrechtsänderungsgesetz neu gefaßt.⁶⁶ Bereits seit 1982 ist es möglich, die meisten als Geldwäscherei einzustufenden Taten als erweiterte Ersatzhehlerei zu bestrafen, vgl. § 164 Abs. 1 StGB. Das Geldwäschereigesetz dient nur der Klarstellung.

Nach dem neuen § 165 StGB (Geldwäscherei) macht sich strafbar, wer den Täter eines Verbrechens nach der Tat dabei unterstützt, Bestandteile seines Vermögens, von denen er weiß, daß sie aus einem Verbrechen herrühren, und deren Wert 100.000 öS übersteigt, zu verbergen oder deren Herkunft zu verschleiern, insbesondere indem er im Rechtsverkehr über den Ursprung oder die wahre Beschaffenheit dieser

⁶³ Dazu BURGSTALLER: *Die neuen Geldwäschedelikte*, in: ÖBA 1994, S. 173 ff. m.w.N.

⁶⁴ Siska: a.a.O., S. 169 f.

⁶⁵ Strafrechtsnovelle 1993, BGBl. Nr. 527/1993, 3869.

⁶⁶ Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 762, dazu Siska: a.a.O., S. 169.

Vermögensbestandteile, das Eigentum oder sonstige Rechte an ihnen, die Verfügungsbefugnis über sie, ihre Übertragung oder darüber, wo sie sich befinden, falsche Angaben macht. Die Strafe beträgt nach Abs. 1 bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Genauso zu bestrafen ist nach Abs. 2, wer wesentlich solche Bestandteile des Tätervermögens an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt.

Damit ist in Österreich nur die vorsätzliche Geldwäscherei strafbedroht. Bei Taten nach § 165 Abs. 1 StGB genügt Eventualvorsatz. Nach § 165 Abs. 2 StGB kann der Täter nur zur Verantwortung gezogen werden, wenn er von dem illegalen Ursprung der Gelder weiß.⁶⁷ Bei bestimmten Qualifikationen, z.B. wenn der Vermögenswert mehr als 500.000 öS beträgt, ist nach § 165 Abs. 3 StGB eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen. Denkbar ist darüber hinaus eine Bestrafung nach § 164 StGB (Hehlerei) oder § 278 a StGB (Kriminelle Organisation). Bis zum 28.6.1996 gab es nur zwei Verurteilungen wegen § 165 StGB.⁶⁸

Wie in Deutschland gibt es eine Strafbefreiungsregelung. Nach § 165 a StGB ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig und bevor die Behörde von seinem Verschulden erfahren hat, durch Mitteilung an die Behörde oder auf andere Weise eine Geldwäscherei verhindert oder die Sicherstellung wesentlicher Vermögensbestandteile, auf die sich die Geldwäscherei bezogen hat, bewirkt. Die Anzeige ohne Sicherstellung befreit daher nicht von Strafe. Eine anonyme Anzeige soll genügen.⁶⁹ Darüber hinaus kann die Verletzung der Verpflichtungen aus dem Bankwesengesetz zur verwaltungsrechtlichen Strafbarkeit nach diesem Gesetz führen, §§ 98, 99 BWG.⁷⁰

IV. Ungarn

1. Überblick

Angesichts der wirtschaftlichen und politischen Wende im Jahre 1989 in Ungarn, die verschiedene bedeutende Änderungen in Gang gebracht hat, ist die Situation hier anders als in den anderen bisher erwähnten westeuropäischen Ländern.⁷¹ Es ist eine historische Tatsache, daß das Staatssystem in Ungarn am 23. Oktober 1989 aus einer Volksrepublik zur bürgerlichen demokratischen Republik geworden ist. § 9 der ungarischen Verfassung wurde 1989 modifiziert. Dort heißt es jetzt: „Die Wirtschaft der ungarischen Republik ist die Marktwirtschaft“.

Jedoch können die vergangenen 40 Jahre nicht außer acht gelassen werden, während derer in Ungarn sozialistische Planwirtschaft herrschte. So müssen ihre wirtschaftlichen und rechtlichen Institutionen und Bräuche abgebaut werden, um

⁶⁷ SISKÁ, a.a.O., 169, 172.

⁶⁸ SISKÁ, a.a.O., S. 169, 172.

⁶⁹ BURGSTALLER: a.a.O., S. 173, 179.

⁷⁰ LEWISCH: *Geldwäscher, Geldhäscher und reuige Täter*. in: RdW 1994, S.3-10, 5.

⁷¹ TÓTH, MIHÁLY: *Piacgazdaság és büntetőjog* /Marktwirtschaft und Strafrecht/ in: *Kriminológiai Közlemények* 52. Magyar Kriminológiai Társaság, Budapest 1995.

durch die Veränderung des Eigentums und der Eigentumsstruktur eine moderne Marktwirtschaft zu verwirklichen.⁷²

Es ist offenbar, daß das von einem Tag auf den anderen mit politischer Entscheidung oder Gesetzgebung nicht erreicht werden kann. Die Gesetzgebung der vergangenen Jahre hat die wesentlichen Rechtsinstitutionen ins Leben gerufen und den rechtlichen Rahmen der entstehenden Marktwirtschaft gezeichnet, aber die Wirtschaft ist ein eigenartiges System, das von den Rechtsnormen indirekt beeinflusst wird.⁷³

Durch die Veränderungen hat die Kriminalität in Ungarn in den letzten Jahrzehnten zugenommen, und plötzlich stand das ungarische Strafrecht vor neuen, bisher unbekannten kriminalistischen Problemen. So eine neue Erscheinung ist auch das Delikt der Geldwäsche.⁷⁴

Der Systemwechsel kam auch für das ungarische Strafrecht ein bißchen unerwartet. Die Praxis der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung der wirtschaftlichen Straftaten war Anfang der 90er Jahre als ruhiges, laues stehendes Wasser zu charakterisieren.⁷⁵ Die Subjekte der Wirtschaft haben sich jedoch geändert, die Tatverhalten haben sich umgestaltet, und vor allem hat sich der gefährdete Interessenkreis der wirtschaftlichen Straftaten geändert.⁷⁶

Diese relativ schnell ablaufende Entwicklung hat im Strafrecht die Streichung zahlreicher überholter Sachverhalte, das Konstruieren neuer Straftaten und auch die Modernisierung bestimmter Sachverhalte unerlässlich gemacht. Daneben ist als wesentlicher Gesetzgebungsverlauf zu bewerten, daß die im Hintergrund der strafrechtlichen Normen stehenden wichtigeren wirtschaftlichen Rechtsnormen (z.B.: das Gesellschaftsgesetz, das Konkursgesetz, das Geldinstitutsgesetz, das Buchführungsgesetz oder die neuen Rechtsnormen über den Konsumentenschutz und über die Devisen (Wertpapiere, Zoll) festgelegt und angenommen wurden.⁷⁷

Während weniger Jahre verdoppelte sich die Zahl der unter Kapitel XVII gehörenden Straftaten. Die vier wichtigsten Novellen, die das Kapitel XVII umformuliert haben, sind:

1. Das Gesetz XVII von 1993
2. Das Gesetz IX von 1994
3. Das Gesetz LII von 1996
4. Das Gesetz LXXIII von 1997

Das geltende Gesetz zählt die wirtschaftlichen Straftaten unter dem Kapitel XVII in 4 Titeln auf:

- a) Titel: Straftaten gegen die wirtschaftlichen Verpflichtungen und gegen die Ordnung der Wirtschaft
- b) Titel: Geld- und Markenfälschung

⁷² OROSZ, BALÁZS: *Piacgazdaság és a gazdasági bűncselekmények* /Marktwirtschaft und die wirtschaftlichen Straftaten/ in: *Kriminológiai Közlemények* 52.

⁷³ Lit. 2. OROSZ: a.a.O.

⁷⁴ TÓTH: a.a.O.

⁷⁵ TÓTH: a.a.O.

⁷⁶ OROSZ: a.a.O.

⁷⁷ ERDÖSY/FÖLDVÁRI/TÓTH: *Magyar Büntetőjog, Különös rész.* /Ungarisches Strafrecht, Besonderer Teil/ Budapest 1998. Kapitel XVII: Die wirtschaftlichen Straftaten, geschrieben von Dr. Tóth, Mihály.

- c) Titel: Finanzielle Straftaten
- d) Verschiedene Anordnungen⁷⁸

Die ungarischen Gesetzgeber haben sich durch die politischen und wirtschaftlichen Änderungen 1994 entschlossen, die Geldwäsche zu bekämpfen. Der § 23 des Gesetzes IX von 1994 hat statt des § 303 des StGB-H – der Gefährdung der öffentlichen Versorgung – einen neuen Sachverhaltstext mit dem Titel „Geldwäsche“ bestimmt. Die Geldwäsche gehört zum Titel I.⁷⁹

Mit dem Einfügen der Geldwäsche ins ungarische Strafrechtsgesetzbuch hat Ungarn seine internationale Verpflichtung erfüllt, da Ungarn der europäischen Konvention über die Vorbeugung und die Bekämpfung der Geldwäsche beigetreten ist.⁸⁰ Die wichtigsten Hintergrundnormen der Straftat sind das Gesetz XXIV von 1994 über die Vorbeugung hinsichtlich der Geldwäsche und die Regierungsverordnung 74/1994 (10.05.) über die Vollziehung des Gesetzes.⁸¹

In Ungarn werden die Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche aufgrund des zukünftigen Beitritts in die Europäische Union (EU) an das EU-Recht angepaßt. So muß in der Zukunft auch die EG-Geldwäscherichtlinie in ungarisches Recht umgesetzt werden.

2. Die einzelnen Regelungen⁸²

Der Titel und der Text der Straftat wurden mit dem § 23 des Gesetzes Nr. IX von 1994 als Tatbestand der Geldwäsche in das ungarische Strafgesetzbuch (StGB-H) – anstatt der Straftat der Gefährdung der Versorgung – zum 15. Mai 1994 integriert. Später wurde es mit § 45 des Gesetzes Nr. LXXII zum 15. September 1997 ergänzt bzw. geändert. Absatz 3 a) wurde dadurch durch das Tatverhalten als Mitglied einer kriminellen Organisation ergänzt.

Der Begriff der Geldwäsche bedeutet die Tätigkeit, die die Identität des illegal erworbenen Geldes verändert und als aus legaler Quelle stammendes Geld erscheinen läßt.⁸³

Es gibt 3 Phasen: die Anlegung, die Verbergung und das Integrieren. Das Bargeld sichert Anonymität bei zahlreichen Formen der organisierten Kriminalität, es ist insbesondere gewöhnliches Zwischenmittel des Rauschgifthandels, des Waffenhandels und des Terrorismus. Die Erklärung der Geldwäsche zum Verbrechen wird auch durch internationale Verpflichtungen im Hinblick auf die aus Mißbrauch von Rauschgiften stammenden materiellen Güter begründet. (Die Straßburger Empfehlung 1980, die Wiener Konvention 1988, das Abkommen des Europarates 1990, die Richtlinien des Europarates 1991)

⁷⁸ ERDÖSY/FÖLDVÁRI/TÓTH: a.a.O.

⁷⁹ KERESZTY, BÉLA: *A pénzmosás /Die Geldwäsche/* in: Magyar Jog 1995/2.

⁸⁰ ERDÖSY/FÖLDVÁRI/TÓTH: a.a.O.

⁸¹ ERDÖSY/FÖLDVÁRI/TÓTH: a.a.O.

⁸² Die Begründung des geltenden Strafrechtsgesetzbuches.

⁸³ VIDÉKINÉ, FARKAS ANIKÓ: *Über die Geldwäsche /A pénzmosásról/* (Ügyészek Lapja 1995/2.)

a) Das Rechtsobjekt

Das Rechtsobjekt der Straftat ist das Interesse an der rechtmäßigen Funktion der Geldinstitute und an der Effektivität des Kampfes gegen die organisierte Kriminalität.

Um diese Zwecke zu verwirklichen, wurde das Gesetz Nr. XXIV von 1994 über das Vorbeugen und die Verhinderung der Geldwäsche geschaffen. Zweck dieses Gesetzes ist, dem regelmäßig über den Geld- und Kapitalmarkt erfolgendem Reinwaschen von aus Straftatungen stammenden Geldmitteln entgegenzuwirken. Das Tatobjekt der Straftat sind solche materiellen Güter, die aus dem Begehen der im Gesetz bestimmten Straftaten stammen.

Der Begriff der materiellen Güter wird vom Gesetz nicht bestimmt, so daß das Strafrecht ihren im allgemeinen angenommenen ökonomischen Sinn anwenden muß. Nach diesen sind die materiellen Güter gewöhnlich die der Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse dienenden, materialisierten, in sachlicher Form erscheinenden, über Wert verfügenden beweglichen und unbeweglichen Sachen, aber auch Vermögensrechte.

b) Das Tatverhalten

Das Tatverhalten ist im Grundfall die Verbergung der materiellen Güter. Die Arten der Verbergung werden von den Punkten a) und b) des Absatzes 1 bestimmt. Nach diesen

- a) verheimlicht oder verschleiert der Täter die Herkunft bzw. wahre Natur der im Zusammenhang mit der Straftat entstandenen materiellen Güter
- b) liefert er den Behörden über deren Herkunft bzw. wahre Natur fälschliche Daten und verbirgt diese dadurch.

Der gemeinsame Charakter der im Absatz 1 umschriebenen Formen des Tatverhaltens ist, daß dieses nur in sicherer Kenntnis der Herkunft zu begehen ist. Die Verheimlichung, die Verschleierung, die Lieferung der fälschlichen Daten bedeuten sinngemäß nicht die physische Verbergung der materiellen Güter (wie bei der Hehlerei), sondern verfolgt die Absicht, diese für die Behörden oder andere unerkennbar zu machen. Die Verheimlichung ist im allgemeinen passiv, aber die Verschleierung, die Lieferung der fälschlichen Daten impliziert schon ein aktives Verhalten.

Im Mittelpunkt der Tätigkeit steht die Bestrebung, daß der Täter den Zusammenhang zwischen den Straftaten und den materiellen Gütern unerkennbar macht.

Der Absatz 2 erweitert das Tatverhalten weiter dadurch, daß er eine Strafe für denjenigen vorschreibt, der die materiellen Güter

- a) für sich oder Dritte erwirbt, nutzt oder verwendet,
- b) verwahrt, verwaltet, verwertet, mit den materiellen Gütern oder deren Gegenwert irgendwelche finanziellen oder Bankoperationen ausführt, oder für den Gegenwert andere materielle Güter erwirbt,

wenn ihm die Herkunft der materiellen Güter zum Zeitpunkt der Begehung bekannt war. Die Erwerbung bedeutet die tatsächliche Gewalt über die materiellen Güter, die in einer Form eines formellen Rechtsgeschäfts zustande kommt. Der Rechtstitel, die

Form, die Art der Erwerbung ist gleichgültig. Es kann entgeltlich und unentgeltlich sein, kann wegen eines Vermögensvorteils oder ohne diesen geschehen.

Mit Rücksicht auf die internationale Bekämpfung der Geldwäsche begründen auch die im Ausland nicht von ungarischen Staatsbürgern begangenen Straftaten die Verantwortlichmachung, da die wichtigste Bestrebung der organisierten Kriminalität ist, die auf schuldhaftem Weg erworbenen materiellen Güter aus dem ursprünglichen Herkunftsort in einen Ort umzusiedeln – oft in andere Länder oder Kontinente – wo diese mit kleinerem Risiko relativ leichter rein gewaschen werden können. Das Passieren der Staatsgrenze ist schon fast natürliche Folge der Geldwäsche.

Wichtig ist aber, daß die im Ausland begangenen Straftaten auch nach dem einheimischen Recht als Straftat beurteilt werden sollen. Das folgt auch daraus, daß es sich bei der Vortat um eine mit fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Straftat handeln muß. Ein mit der Vortat zusammenhängendes weiteres Problem ist, auf welchem Niveau und in welchem Umfang es notwendig ist, die Straftat zu beweisen, und welche Behörde diese Aufgabe hat. Wenn man annimmt, daß die strafrechtliche Verantwortlichmachung wegen der Vortat nicht die Bedingung des Verfahrens wegen Geldwäsche ist, so muß man auch annehmen, daß die wegen Geldwäsche vorgehende Behörde beweisen muß, daß das Objekt der Geldwäsche im Zusammenhang mit den im Gesetz aufgezählten Straftaten entstanden ist.

Da die Geldwäsche mit der organisierten Kriminalität in engem Zusammenhang ist, können sich die Vortaten, als die Teiltaten des kriminellen Laufs, im strafrechtlichen Sinne nicht in einer geklärten Form melden, mit Qualifizierung, Begehungswert, Tätern, Teilnehmern. Vielmehr scheint es genügend, die Tatsache der Straftat, ihres Geschehens oder den Beweis ihrer fortlaufenden Existenz festzustellen, bis sich der Akzent auf den Zusammenhang zwischen der Straftat und den materiellen Gütern verlagert.

Jeder beliebige Zusammenhang ist möglich. So gehören in diesen Bereich die aus der Straftat direkt stammenden materiellen Güter, Geldeinnahmen, die für das Begehen der Straftat erhaltenen Summen, illegale Einkommen oder die durch Straftat hergestellten materiellen Güter oder die an deren Stelle tretenden Werte. Mit Rücksicht auf den akzessorischen Charakter der Straftat ist Bedingung, daß die Güter im Zusammenhang mit den im Gesetz aufgezählten Straftaten entstanden sind.

In der Praxis beschränkt dieses Kriterium das Tatobjekt auf das Bargeld und die Wertpapiere. Die Eigenheit der Regelung der Straftat ist, daß sie die Vortaten bestimmt, aus denen oder im Zusammenhang mit denen die materiellen Güter entstanden sein müssen.

Nach dem Absatz 1 gehören zu diesem Kreis die Straftaten, die mit einer Freiheitsstrafe von 5 oder mehr als 5 Jahren bedroht sind (StGB-H § 218), außerdem Bestechung (StGB-H § 250-§ 256), in internationaler Beziehung begangene Bestechung (StGB-H § 258/B.) Mißbrauch mit Rauschgiften (§ 282) oder die Verletzung der internationalen Verpflichtung (StGB-H § 261/A.)

Wie die Aufzählung zeigt, gibt es keinen Unterschied zwischen den Grundfällen und den erschwerten Fällen der Straftaten; deshalb war es notwendig, die vier Straftaten konkret zu benennen, weil in ihren Fällen der Strafsatz entweder des Grundfalles oder der Vorbereitung die 5 Jahre nicht erreicht.

Wie die formulierten Voraussetzungen zeigen, hat es keine Bedeutung, durch wen, wann, wo und wie die Vortaten begangen wurden und es hat nicht einmal eine Bedeutung, ob die strafrechtliche Verantwortlichmachung wegen des Begehens der Vortaten vorliegt oder nicht und wenn nicht, warum dies so ist. Die Aufzählung ist abschließend, aber mit den Änderungen der Strafrechtsnormen können natürlich auch die Voraussetzungen geändert werden.

Weitere wichtige Bedingung ist, daß die Vortaten nicht von der wegen Geldwäsche verantwortlich gemachten Person begangen worden ist, sondern von einem anderen. Der andere kann jeder sein, bekannte und verantwortlich gemachte oder auch unbekannte Personen. Im Hinblick auf die Geldwäsche ist nicht der Täter und seine Verantwortlichmachung, sondern das Geschehen der aufgezählten Straftaten von Bedeutung.

Die Nutzung und die Verwendung unterscheiden sich von einander dadurch, daß die materiellen Güter bei der Verwendung in ihrem herkömmlichen Zustand erlöschen, verbraucht werden. Es ist keine Bedingung, daß anderes an die Stelle der verbrauchten materiellen Güter tritt. Die Verwendung der materiellen Güter kann auch die Ausgleichung einer Schuld, die Gründung einer Stiftung, die Versenkung usw. sein.

Die Verwahrung bedeutet den physischen Besitz der materiellen Güter und der Rechtstitel. Die Form des in Besitz Kommens ist gleichgültig, und auch, ob die Verwahrung als Gegenleistung oder unentgeltlich geschieht. Die Verwaltung ist jede regelmäßige oder wiederkehrende Tätigkeit der Erhaltung der Substanz oder des Zustandes.

Die Verwertung bedeutet, daß die aus der Straftat stammenden materiellen Güter entgeltlich veräußert werden. In der Praxis ist der an die Stelle der materiellen Güter tretende Gegenwert schwer erkennbar, und es ist schwer, diesen in Zusammenhang mit den im Absatz 1 aufgezählten Straftaten zu bringen. Der Zweck der Verwertung ist eben das Erschweren der Entdeckung Zusammenhanges und der Erkennbarkeit, selbst unter Inkaufnahme eines bedeutendem Verlusts.

Zur Ausführung irgendwelcher finanziellen oder Bankoperationen können verschiedene finanzielle Investitionen, finanzielle Dienstleistungen, eventuell die Gründung finanzieller Institute gehören. Der gemeinsame Charakter der finanziellen und Bankoperationen ist, daß ihr Zweck in erster Linie nicht die Gewinnorientierung, sondern das Legalisieren der materiellen Güter oder des durch die Verwertung an deren Stelle tretender Gegenwertes ist.

Schließlich umfaßt die Erwerbung anderer materieller Güter alle Tätigkeiten, durch deren Ergebnis der herkömmliche Gegenstand in anderer Form und aus anderer Quelle erscheint. Hierzu kann der Tausch oder der Erwerb von Anteilen gehören.

Bei allen Begehungsformen ist Bedingung die Kenntnis der kriminellen Herkunft der materiellen Güter zu dem Zeitpunkt der Begehung. Wenn der damit in Beziehung kommende Täter die Herkunft der materiellen Güter erst später kennenlernt, so kann dieser für seine vorangehende Begehung nicht, aber für die weiteren Tathandlungen schon als Täter verantwortlich sein. Wenn der Täter die schuldhafte Herkunft nach der

Erwerbung kennenlernt, dann kann er z.B. für die Verwahrung, die Verwendung die strafrechtliche Verantwortung tragen.⁸⁴

Die Tatverhalten können in der Praxis nicht zu sehr getrennt werden, da die im allgemeinen verbale Verheimlichung der materiellen Güter und die damit zusammenhängende – im allgemeinen in einer rechtsgeschäftlich erscheinenden Form – verbundenen Aktivitäten einander überlappen. Das der Verbergung folgende weitere Verhalten kann dann nur im Bereich der Strafzumessung berücksichtigt werden.

c) Das Subjekt der Straftat

Das Subjekt des Verbrechens kann irgendwer sein, der als Täter oder als Mittäter an der Begehung der im Absatz 1 aufgezählten Straftaten nicht teilgenommen hat. Aber der Täter der Vortat kann später der Anstifter oder der Gehilfe des Täters der Geldwäsche. So kann der Anstifter oder der Gehilfe des Täters der Vortat der Täter oder der Teilnehmer des Täters der Geldwäsche sein.

d) Die schwereren Fälle

Der Absatz 3 sieht eine schwerere Bestrafung vor für den Fall, daß der Täter die Geldwäsche

- a) gewerbsmäßig oder als Mitglied einer kriminellen Organisation
- b) als Amtsträger oder Angestellter von Geldinstituten, Wertpapier-Vertreibern, Verwaltern von Investmentfonds, Versicherungsanstalten oder sich mit der Organisierung von Glücksspielen beschäftigenden Organisationen,
- c) als Amtsperson,
- d) als Rechtsanwalt

begeht.

Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit wird im Punkt 8 des § 137 des StGB-H geregelt: wer Strafen von ähnlichem Charakter begeht, um regelmäßigen Eigennutz zu gewinnen. Der Begriff ist ohne Änderung so anzuwenden, daß der Kreis der Straftaten von ähnlichem Charakter von der gerichtlichen Praxis ausgebildet werden soll.

Der Begriff der kriminellen Organisation im Punkt 7. des § 137 des StGB-H bestimmt, daß diese eine zur fortlaufenden Begehung von Verbrechen zustande gekommene – auf Arbeitsteilung ruhende – kriminelle Vereinigung ist, deren Zweck es ist, regelmäßigen Eigennutz zu gewinnen. Die Definition bezieht sich eindeutig auf die Organisiertheit (auf Arbeitsteilung ruhende kriminelle Vereinigung) und die Geschäftsmäßigkeit (regelmäßiger Eigennutz).

Der Begriff des Geldinstitutes wurde früher vom Gesetz LXIX von 1991 über die Geldinstitute und die Geldinstitutstätigkeit bestimmt, und so wurde dieser in den Sachverhalt als qualifizierter Umstand integriert.

Das zur Zeit geltende Gesetz LXIX von 1991 über die Kreditanstalten und die finanziellen Unternehmen (KfU) hat die Terminologie des Gesetzes LXIX von 1991 nicht mehr übernommen, im Absatz (1) des § 4 hat dieses den Begriff der finanziellen

⁸⁴ BARDÓCZ, CSABA: *Pénzmosási technikák* /Geldwäschantechiken/ in: *Beltügyi Szemle* 1997/3.

Institution bestimmt als den zusammenfassenden Begriff der Kreditanstalt und des finanziellen Unternehmens. Unter Geldinstitut sind sinngemäß den geltenden Hintergrundnormen entsprechend die finanziellen Institution zu verstehen: Diese Kreditanstalten können nach dem KfU die Bank, die spezialisierte Kreditanstalt oder die genossenschaftliche Kreditanstalt (Spar-, bzw. Kreditgenossenschaften) sein. Das finanzielle Unternehmen kann in Form von Aktiengesellschaften oder Genossenschaften funktionieren und muß über ein eingezahltes gezeichnetes Kapital von wenigstens 20 Millionen Forint verfügen.

Die Definition des Wertpapier-Vertreibers hat der Punkt f.) des § 3 des Gesetzes VI von 1990 enthalten, und dieser Definition entsprechend wurde es unter die qualifizierten Umstände integriert. Das seitdem in Kraft getretene Gesetz CXI von 1996 über die Vertreibung (Begebung) der Wertpapiere, die Investitionsleistungen und die Wertpapierbörse (VWIW) hat das vorige Gesetz außer Kraft gesetzt und die vorige Abfassung nicht übernommen, sondern hat einen organisatorischen Rahmen unter dem Titel: Investitionsunternehmen (§ 7 des VWIW) bestimmt. Dementsprechend ist unter dem Wertpapiervertreiber das Investitionsunternehmen, die Aktiengesellschaft – die ausschließlich über Namensaktien verfügt – oder die Zweigniederlassung zu verstehen.

Der Begriff des Verwalters von Investmentfonds wird vom Punkt f) des § 3 des Gesetzes LXIII von 1991 über die Investmentfonds bestimmt, wonach der Fondsverwalter die Genossenschaft mit beschränkter Haftung oder die Aktiengesellschaft, die ausschließlich über Namensaktien verfügt, ist, die im Besitz der im Gesetz abgefaßten Erlaubnis eine Tätigkeit der Verwaltung von Investmentfonds führt, während derer sie den ausgeschriebenen Investmentprinzipien entsprechend Investmentfonds bildet, und um den möglichst größten erreichbaren Gewinn zu sichern, das nach den ausgeschriebenen Investmentprinzipien richtende – nach eigener Entscheidung entstehende – Kaufgeschäft mit bestimmten Mittelelementen (Wertpapieren oder Immobilien) macht oder machen läßt.

Die Versicherungsanstalt kann nach dem Gesetz XCLVI von 1995 über die Versicherungsanstalten und die Versicherungstätigkeiten als Versicherungsgesellschaft, Genossenschaft oder Verein nach der Erlaubnis der Versicherungsaufsicht funktionieren.

Die sich mit der Organisation von Glücksspielen beschäftigende Organisation kann nach der Erlaubnis der Glücksspielaufsicht entsprechend dem Gesetz XXXIV von 1991 über die Organisation von Glücksspielen die Konzessionsgesellschaft, die wirtschaftliche Gesellschaft, Organisation oder Person sein, die zur Ausübung der staatlichen Spielorganisations- und liberalisierter Tätigkeit gegründet wurde.

Jeder Amtsträger oder jeder Angestellter der Versicherungsanstalt oder der sich mit der Organisation von Glücksspielen beschäftigenden Organisation kann die schwerere Qualifizierung verwirklichen. Der Begriff der Amtsperson wird vom 1. Punkt des § 13 7 des StGB-H bestimmt. Der Rechtsanwalt kann seine Tätigkeit als Einzelrechtsanwalt oder als Mitglieder eines Rechtsanwaltsbüro nach dem Gesetz XI von 1998 führen.

Die schwerere Qualifizierung nach dem Absatz (2) wird nicht begründet, wenn die aufgezählten Institute und Organisationen nicht nach den entsprechenden Rechtsnormen gegründet worden sind und sie eine rechtswidrige Tätigkeit ausüben.

e) Die absichtliche Versäumung der Meldepflicht

Der Absatz 4 bestraft die absichtliche Versäumung der im Gesetz vorgeschriebenen Meldepflicht. Die Hintergrundnorm des Sachverhaltes ist das vom Parlament am 22. März 1994 angenommene Gesetz XXIV von 1994 über das Vorbeugen und die Verhinderung der Geldwäsche (in den weiteren: G.) und die Regierungsverordnung Nr. 74/1994 (V.10.) Korm. über die Durchführung des Gesetzes XXIV vom Jahre 1994 über das Vorbeugen und die Verhinderung der Geldwäsche.

Das Gesetz XXIV von 1994 schreibt die Pflicht der Kundenidentifizierung und die Meldepflicht für die unter die Geltung des Gesetzes gehörenden Organe und Personen vor. Die zwei Tätigkeiten hängen miteinander eng darin zusammen, daß die Meldepflicht der Kundenidentifizierung folgt und die strafrechtliche Verantwortung nur die Versäumung der Meldepflicht begründen kann.

Nach dem Absatz 1 des § 2 des Gesetzes XXIV von 1994 darf die Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen darf einen mit einer in Forint oder ausländischer Währung erfolgende Geldeinzahlung bzw. Auszahlung in einer zwei Millionen Forint erreichenden oder überschreitenden Höhe einhergehenden geschäftlichen Auftrag ausschließlich von einem solchen Kunden akzeptieren, der seine Identität ausweisende Dokumente der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen vorzeigt und dessen Identifizierung die Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen verrichtet.

Wenn der Kunde eine Rechtsperson oder eine andere Organisation ist, ist in ihrem Namen oder aufgrund ihres Auftrages außer der Feststellung der Personenidentität der handelnden Person auch die Identifizierung der Rechtsperson bzw. der anderen Organisation durchzuführen. Es ist keine Identifizierung durchzuführen, wenn die Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen die Rechtsperson bzw. andere Organisation im Zusammenhang mit einem anderen Geschäft schon identifiziert hat. (Absatz 2 des § 2 des Gesetzes XXIV von 1994].

Absatz 1 des § 3 besagt: Sollten sich auf Geldwäsche hinweisende Daten, Tatsachen oder Umstände ergeben, ist die in § 1 Punkt b) bestimmte Person (der Führer der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen und ihr Angestellter) verpflichtet, unverzüglich

a) den Kunden ohne Rücksicht auf die in § 2 bestimmte Wertgrenze zu identifizieren und

b) über den Verdacht der Geldwäsche der in Absatz 2 bestimmten Person eine Meldung zu erstatten.

Die Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen ist – abhängig von der Eigenheit der Organisation – verpflichtet, eine oder mehrere Personen zu bestimmen, die die von den Angestellten eingegangene Meldung der Landespolizeioberhauptmannschaft (im weiteren: ORFK) unverzüglich weiterleiten.

Die Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen sowie ihre Führer und Angestellten sowie die innerhalb der Organisation für die Übermittlung der von den Angestellten kommenden Meldungen ernannte Person dürfen über die Erfüllung der Meldungspflicht, deren Inhalt und die anmeldende Person keiner dritten Person oder Organisation Auskunft erteilen.

Nach dem Absatz 2 des § 4 des Gesetzes XXIV von 1994 gilt: Die Erfüllung der Meldepflicht kann nicht als Verstoß gegen das Bank-, Versicherungs- oder Geschäfts-

geheimnis oder ein Verstoß gegen eine andere, sei es auf einer Rechtsnorm oder in einem Vertrag beruhende Beschränkung hinsichtlich der Auslieferung von Daten und Informationen angesehen werden.

Damit zusammenhängend bestimmt der Punkt d) des § 118 des Gesetzes CXI von 1996 über die Wertpapiere die obligatorische Datenlieferung, indem es bestimmt, daß das Investment, die Börse und das Verrechnungshaus auf das schriftliche Ersuchen der Ermittlungsbehörde, des nationalen Sicherheitsdienstes und der Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, die gewünschten Angaben über das von diesen abgewickelte Geschäft und über das bei diesen geführte Konto unverzüglich herauszugeben, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das Geschäft oder das Konto mit Geldwäsche im Zusammenhang steht. Die gleichen Bestimmungen enthält der Punkt d) des § 52 des Gesetzes CXII von 1996.

Für den Fall der Erfüllung der Meldepflicht gewährt der § 300/B Strafflosigkeit, Er bestimmt, daß nicht strafbar wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses und des Bankgeheimnisses ist, wer im Fall der im § 303 bestimmten Geldwäsche seiner Meldepflicht nachkommt oder diese veranlaßt, auch, wenn er eine unbegründete Anzeige gutgläubig erstattet.

Der Absatz 2 des § 5 des Gesetzes stellt einen Schutz gegen die Umgehung der Vorschriften des Geheimnisschutzes auf. Er schreibt vor, daß die ORFK die aufgrund des § 3 erhaltene Information – ausgenommen des Strafverfahrens, das wegen anderer Straftat begonnen wurde – ausschließlich zum Zweck der Bekämpfung gegen die Geldwäsche verwenden kann und verpflichtet ist, die Informationen enthaltenden Daten 10 Jahre zu aufzubewahren.

Aus der rechtlichen Regelung erscheinend ist das Ausbleiben der Klientenidentifizierung keine Straftat, aber die Meldepflicht ohne Rücksicht auf die Wertgrenze verpflichtet den Leiter und den Angestellten der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen.

Die Regelung der Meldepflicht bestimmt praktisch auch den Kreis der Subjekte. Subjekt der Geldwäsche nach dem Absatz 4 in der Qualität des Täters kann nur sein, wen die gesetzliche Vorschrift der Meldepflicht betrifft.

Nach dem § 1 des Gesetzes fallen unter die Gehung des Gesetzes:

a) die nach dem Punkt c) des § 685 des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Wirtschaftsorgane, die auf dem Gebiet der Ungarischen Republik eine Geldinstitut-, Geldverkehrvermittlungs-, Versicherungs-, Versicherungssachberater-, Wertpapierverkehrs-, Spielkasinobetreiber- oder Investmentfondsverwahrungs-Tätigkeit ausüben, ebenso die freiwillige Versicherungskasse (in den weiteren zusammen: Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen) und die Klienten dieser Organisationen,

b) der Leiter und der Angestellte der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen

Die Meldepflicht belastet die Angestellten nicht direkt, da nach der schon bekannten Regelung [Absatz 2 des § 3 des Gesetzes XXIV von 1994] gilt: Die Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen ist – abhängig von der Eigenheit der Organisation – verpflichtet, eine oder mehrere Personen zu bestimmen, die die von den Angestellten eingegangene Anmeldung der Landespolizeioberhauptmannschaft (im weiteren: ORFK) unverzüglich weiterleiten.

Der § 4 der damit zusammenhängenden Regierungsverordnung Nr. 74/1994 (V. 10.) Korm. über die Durchführung des Gesetzes XXIV vom Jahre 1994 über das

Vorbeugen und die Verhinderung der Geldwäsche sagt aus: Die interne Verfahrensordnung der Erfüllung der im Gesetz vorgeschriebenen Anmeldepflicht ist so zu gestalten, daß die in § 3 Absatz 2 des Gesetzes angegebene Person (im weiteren: die verantwortliche Person) oder der in der Ordnung bestellte Vertreter den Angestellten der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen während der Dauer des täglichen Betriebes der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen ständig zur Verfügung stehe und die Anmeldung der ORFK unverzüglich weitergeben kann.

Die verantwortliche Person ist verpflichtet, ihre Anmeldung auf dem in der Ordnung vorgeschriebenen Vordruck an die ORFK – bei Beachtung der Vorschriften hinsichtlich des Schutzes von Geheimnissen der auf die Dienstleistungsorgane für Finanzwesen bezüglichen Rechtsnormen – persönlich oder auf dem Wege der Zustellung per Post vorzunehmen oder, wenn Gefahr im Verzug ist, vorhergehend per Telefon mit der Mitteilung der entsprechenden Daten des Vordruckes.

f) Fahrlässige Versäumung der Meldepflicht

Der Absatz 5 bestraft die fahrlässige Form der Versäumung der im Absatz 4 erwähnten, sich auf die Geldwäsche beziehende Meldepflicht. Im Fall des Absatzes 4 kann also die Schuld vorsätzlich (absichtlich) oder auch fahrlässig sein. Der Vorsatz aus Mangel an Absicht und Motiv kann Eventualdolus oder Directdolus sein, während die Fahrlässigkeit bewußt und auch nachlässig sein kann. Die Versäumung der gehörigen Vorsicht kommt am meisten vor.

Bei der Prüfung der Fahrlässigkeit ist nicht zu vergessen, daß der Täter, der Initiator der Meldung, den Verdacht der Geldwäsche erkennen muß. Die Verpflichtungen belasten auch die Dienstleistungsorganisation.

Der Absatz 1 des § 6 des Gesetzes XXIV von 1994 schreibt vor, daß die Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen verpflichtet ist,

a) im Interesse der Verhinderung der Bank- oder Geldoperationen, die die Geldwäsche möglich machen bzw. verwirklichen, ein internes Kontroll- und Informationssystem, das die Identifizierung der Kunden fördert, in Betrieb zu halten sowie

b) dafür zu sorgen, daß ihre Angestellten die Verfügungen der Rechtsnorm bezüglich der Strafhandlung der Geldwäsche kennenlernen, die Bank- oder Geldoperationen, die die Geldwäsche möglich machen bzw. verwirklichen, erkennen lernen und in Fällen, die einen Grund zum Verdacht der Geldwäsche ergeben, entsprechend vorgehen können.

Es ist eine unzweifelhafte Tatsache, daß die Erkennung des Verdachtes der Geldwäsche und die Nichterfüllung der Verpflichtung der Belehrung miteinander nicht unbedingt zusammenhängen, aber die Prüfung der Zumutbarkeit beginnt auf jeden Fall mit der Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen.

Die im Absatz 4 vorgeschriebene Begehung hat keinen qualifizierten Fall, da der Absatz 3 die Geldwäsche qualifiziert, aber im Fall des Absatzes 4 begeht der Täter nicht die Geldwäsche, sondern er nimmt die Geldwäsche wahr und meldet sie nicht; so ist die schwerere Qualifizierung begrifflich ausgeschlossen.

g) Strafausschließungsgrund

Der Absatz 6 formuliert einen Strafausschließungsgrund für den Fall, daß der Täter bei der Behörde freiwillig Anzeige erstattet oder diese Anzeige veranlaßt, vorausgesetzt, daß die Tat noch nicht oder nur zum Teil entdeckt wurde.

Der Grund des Strafausschließungsgrundes ist, daß die Aufdeckung wegen der außerordentlichen Gesellschaftsgefährlichkeit der Geldwäsche ein größeres Interesse hat als die Bestrafung des Täters, andererseits die Entdeckung der Geldwäsche auch zur Aufdeckung der Vortat Hilfe leisten kann.

Der Absatz 6 erwähnt die freiwillige Anzeige eigener Art, beziehungsweise solche Veranlassung erwähnt. Davon muß man die Folgerung ziehen, daß die nachträgliche Anzeige nur das im 1. und 2. Absatz geregelte Tatverhalten betrifft, da der Täter des Absatzes 4 nicht wegen der Begehung der Geldwäsche, sondern wegen der Nichtmeldung der Geldwäsche zu bestrafen ist, andererseits muß der im Absatz 4 geschriebene Täter bei späterer Überlegung keine Anzeige erstatten, sondern er muß seiner gesetzlichen Verpflichtung entsprechend der von der Dienstleistungsorganisation für Finanzwesen bestimmten Person Meldung erstatten. Für die im Absatz 4 geschriebenen Personen ist es nicht notwendig, die im Absatz 6 geschriebene Strafflosigkeit zu gewähren, da, wenn er die wahrgenommene Geldwäsche nicht anmeldet, seine Verantwortlichmachung obligatorisch ist, wenn er aber die wahrgenommene Geldwäsche doch anmeldet, ist er wegen der im Gesetz vorgeschriebenen Erfüllung der Meldepflicht nicht zu bestrafen.

h) Tateinheit und Tatmehrheit

Die Geldwäsche ist eine Straftat eigener Art, die sich bemüht, das Reinwaschen des aus eventuell in verschiedenen Ländern begangenen, aus verschiedenen Straftaten stammenden, im Zusammenhang mit diesen stammenden Kapitals zu behindern beziehungsweise mit Strafe androht.

Am Anfang gestaltet sich das Kapital aus als durch schmale Kanäle sehr gering fließende Bäche hin zum wogenden Strom, um dann weit von den Quellen, in anderen Ländern oder auf einem anderen Erdteil reingewaschen zu werden. In der Mehrheit der Fälle ist es schon unmöglich, festzustellen, welcher Teil aus welcher Straftat stammt, aber das ist nicht notwendig. Die Geldwäsche ist ein Vorgang, währenddessen entweder sich die aus den einzelnen Straftaten stammenden Summen zusammensetzen, oder aus einer Straftat stammende größere Summen sich in mehrere Teile trennen, um nicht aufzufallen. Unter solchen Umständen ist weder die Mehrfachtat noch die Kontinuierlichkeit zu bestimmen.

Die Geldwäsche regelt grundsätzlich die gleichen Verhaltensweisen wie die Hehlerei oder die sachliche Begünstigung, so können sich auch praktische Abgrenzungsprobleme ergeben, wenn sich diese Straftaten treffen, um so mehr, da alle drei Straftaten akzessorisch sind und im Zusammenhang mit der Verbergung, Erwerbung, Veräußerung des aus der Grund- oder Vortat stammenden Vorteiles stehen. Die Geldwäsche betrifft im Verhältnis zur allgemeinen Regelung der Begünstigung das konkretere Tatverhalten, so bildet sie eine spezielle Tat. Der Begünstiger handelt im Interesse des Täters der Grundtat, die die Sicherung des Vorteiles, beziehungsweise die

Beteiligung an der Sicherung auch zeigt, dagegen kann der Täter der Geldwäsche sowohl im eigenen Interesse als auch im Interesse einer dritten Person handeln.

Unter solchen Umständen ist ausschließlich die Geldwäsche zu bestimmen, aber natürlich ist die Bestimmung der an die Geldwäsche anknüpfenden Begünstigung nicht ausgeschlossen. Obwohl die Geldwäsche und die Hehlerei viele ähnliche Merkmale haben, sind sie auch an mehreren Punkten streng abzugrenzen. Bei der Hehlerei zählt das Gesetz abschließend die 9 Verhaltensweisen auf, durch die die Straftat verwirklicht wird. Bei der Geldwäsche sind die Vortaten nicht abschließend formuliert, und mit der Ausnahme der im Sachverhalt beschriebenen Straftaten ist nur das angedrohte Strafmaß für die Vortat entscheidend.

Der Täter der Hehlerei handelt wegen eines Vermögensvorteils. Bei der Geldwäsche braucht man keine Absicht zu haben, und das Gesetz verlangt nicht einmal ein Motiv. Schließlich kann das Tatobjekt der Hehlerei ausschließlich eine Sache sein, aber die Geldwäsche umfaßt einen weiteren Kreis der im Zusammenhang mit den Straftaten entstandenen materiellen Güter. Dementsprechend ist mit Rücksicht auf die scheinbare Idealkonkurrenz ausschließlich das Verbrechen der speziellen Geldwäsche festzustellen.

RAPHAELA MOGILKA

A PÉNZMOSÁS ELLENI HARC EURÓPA EGYES
ORSZÁGAIBAN

(Összefoglalás)

Pénzmosás alatt azt a kifejezést értjük, amelyet ma már idézőjel nélkül írunk, azt a többrétű jogellenes cselekményt, amelynek során az illegálisan szerzett jövedelmeket az érdekeltek „tisztára mossák“, azaz olyan pénzügyi tranzakciókba fektetik, minek eredményeként legális(nak tűnő) pénz jön létre. A téma kidolgozásának fontosságát és aktualitását nemcsak az a körülmény adja, hogy az alvilágból származó, döbbenetes nagyságú összegek felett rendelkezők elleni harc főként jogi eszközökkel zajlik, hanem az is, hogy Magyarország is mindinkább része annak a térségnek Európában, ahol számolni kell a pénzmosási technikák jelenlétével és terjedésével, és számba kell venni a rendelkezésre álló jogi eszközöket.

A német szerző azokat a legnagyobb európai „pénzmosodákat“ tekinti át, amelyek legalább részben, a német nyelvi és jogi illetékesség területeihez tartoznak. Munkájának legértékesebb vonatkozása a komparatív megközelítés, melynek során Magyarországot is bevonja a vizsgálódásba. A svájci szabályozás tüzetes vizsgálata azért különösen tanulságos, mert ez az ország közismerten bankjaiból él, márpedig a pénzmosási technikák kitüntetett helye a bankszektor. Svájc mellett Luxemburg, Ausztria és Magyarország szerepel még a tanulmány elemzési körében.

A dolgozat dogmatikai szempontból tekinti át a kidolgozott témakört, ami azt jelenti, hogy elsősorban a jogi szabályozás analizisét adja. Részletesen szól (általában országonként) az azonosítási kötelezettségről, a gazdasági jogosultságról, a bejelentési jogról és kötelezettségről, valamint általában a szankciókról. Mivel a téma jellegénél fogva megkerülhetetlenül büntetőjogi vonatkozású, számos elemzés szól a tényállás-szerűségről, a szándékosság és a gondatlanság problematikájáról, valamint a banktitok kérdéseiről. A szankciók országonkénti eltérése arra is rámutat, hogy nemcsak a megközelítésben, hanem a levont konzekvenciákban is megállapíthatók bizonyos eltérések, jóllehet a pénzmosás elleni harc fontosságát minden állam hangsúlyozza.

MOLNÁR EMESE

Az Európai Unió foglalkoztatáspolitikája

Bevezetés

Az Európai Unió ma a világ egyik gazdasági nagyhatalma. Bár a világ lakosságának csak 6 %-át foglalja magában, a teljes termelés több mint 20 %-át képviseli. Mindezek ellenére az egyik fő célt még nem sikerült elérnie: az Unió nem képes a teljes foglalkoztatásra. Az Unión belül mintegy 16,5 millióan hiába keresnek munkát. Ezek fele már több, mint egy éve, egyharmaduk pedig már több, mint két éve munkanélküli. A munkanélküliség aránya különösen magas a fiatalok, az időskorúak és az egyéb hátrányos helyzetű személyek körében. Az is jellemző a munkaerőpiacra, hogy a nők sokkal kisebb arányban vannak jelen, mint a férfiak, ezenkívül a fizetések és a karrierlehetőségek területén is különbségek mutatkoznak a két nem között. A munkanélküliek magas aránya két fő jelenséggel magyarázható.¹

– A munkanélküliség jelentősen nőtt az elmúlt 25 év során a 70-es és a 80-as évekbeli olajválságokat, valamint a 90-es évekbeli pénzügyi zavarokat követően. Európa nem tudta megfelelően kezelni ezeket a problémákat, mivel nem rendelkezett a növekedésre és a stabilitásra alapozott összehangolt gazdaságpolitikával. Az Európai Pénzügyi Unió létrehozása, az egységes piac és az egységes pénznem bevezetése a jövőben elősegíti az ilyen válságok kezelését.

– Az európai foglalkoztatáspolitikai a munkaerőpiac változásaihoz nem alkalmazkodott kellőképpen. Sokáig az aktív eszközökkel szemben a passzív foglalkoztatáspolitikai eszközöket részesítették előnyben.² Többek között ez idézte elő a tartósan munkanélküliek³ magas arányát.

A következőkben áttekintést adok arról, hogy az Európai Unió hogyan válaszol a munkaerőpiaci kihívásra, részletesen bemutatva a közösségi foglalkoztatáspolitikai legfontosabb állomásait.

¹ STRATÉGIE EUROPÉENNE POUR L'EMPLOI

² A passzív eszközök a pénzügyi segítséget jelentik, míg az aktív eszközök a munkanélkülinek a munka világába való visszatérését segítik elő.

³ A több, mint 12 hónapja munkanélküliek.

I. Az Európai Unió foglalkoztatáspolitikájának főbb állomásai

1. A Párizsi Szerződés

1951. április 18-án hat európai tagállam – Német Szövetségi Köztársaság, Belgium, Franciaország, Olaszország, Luxemburg és Hollandia – Párizsban aláírta az Európai Szén- és Acélközösséget létrehozó szerződést. Már ez a szerződés is megemlíti a foglalkoztatás kérdését. A szerződés 2. cikkelye szerint:

“Az Európai Szén- és Acélközösség arra hivatott, hogy a tagállamok gazdasági életével összhangban és a közös piac alapján (...) hozzájáruljon a gazdaság fejlődéséhez, a foglalkoztatottság növeléséhez és az életszínvonal emelkedéséhez.

A Közösségnek a fokozatos fejlődés során meg kell teremtenie azokat az előfeltételeket, amelyek maguktól biztosítják a termelés legésszerűbb felosztását a legmagasabb termelékenységi szinten, emellett gondoskodnia kell arról, hogy ne következzen be visszaesés a foglalkoztatottságban és hogy a tagállamok gazdasági életében a mélyreható és tartós zavarok elkerülhetők legyenek.”

A Párizsi Szerződésben a foglalkoztatási beruházásokról is rendelkeztek a felek, méghozzá az 56. cikkelyben:

“(1) Ha a Főhatóság általános céljaival összhangban új műszaki eljárásokat vagy termelési eszközöket vezetnek be, és ez a szén- és acélipar munkaerő-szükségletének olyan rendkívüli mértékű csökkenéséhez vezet, hogy az egy vagy több területen felszabaduló munkaerő újrafoglalkoztatása különleges nehézségekkel jár, és az érintett kormányok erre irányuló javaslatot tesznek:

a, a Főhatóság bekéri a Tanácsadó Bizottság állásfoglalását;

b, az 54. cikkely alapján a hatáskörébe tartozó iparágakban vagy a Tanács hozzájárulásával minden más iparágban megkönnyítheti az általa jónak tartott olyan programok finanszírozását, amelyek olyan új foglalkoztatási lehetőségeket teremtenek, amelyek gazdaságilag életképesek, és alkalmasak arra, hogy a szabadon maradt munkaerő produktív újrafoglalkoztatását biztosítsák;

c, vissza nem fizetendő segélyt engedélyez, hogy hozzájáruljon

– olyan végkielégítések fizetéséhez, amelyek a munkavállalók számára lehetővé teszik, hogy kivárhják újbóli munkába állásukat;

– a munkavállalónak új munkahelyhez való hozzájutás költségeire adott segélyek fizetéséhez;

– az olyan munkavállalók átképzéséhez, akiknek foglalkoztatást kell változtatniuk.

A Főhatóság a vissza nem fizetendő segély engedélyezését az érintett állam által fizetett legalább ugyanolyan mértékű segély fizetésétől teszi függővé, kivéve, ha ettől a Tanács kétharmados többséggel eltérést enged.”

2. Római Szerződés

Az Európai Szén-és Acélközösség létrehozását követően 1957. március 25-én a tagállamok aláírták a Római Szerződést és ezzel megalapították az Európai Gazdasági

Közösséget. A foglalkoztatás kérdéséről itt is szó esett. A Szerződés 118. cikkelye szerint:

“... a Bizottság feladata, hogy a tagállamok között szociális téren segítse elő a szoros együttműködést, különösen az alábbi tárgyakban:

- foglalkoztatás*
- munkajog és munkakörülmények*
- szakmai alap- és továbbképzés*
- társadalombiztosítás*
- üzemi balesetek és foglalkozási ártalmak megelőzése*
- munkahigiénia*
- egyesülési jog, jog a kollektív tárgyalásokra.”*

A Római Szerződés a Bizottság feladatkörébe utalja a tagállamok közötti szoros együttműködés elősegítését. E tekintetben a Bizottság csak eljárási jogosítványokkal rendelkezik, mivel a konkrét, kötelező rendelkezések meghozatalára nem jogosult, csupán véleményezhet, konzultációkat, fórumokat szervezhet, illetve tanulmányokat készíthet. A Bizottság nem befolyásolhatja a tagállamok belső jogalkotását sem, mivel a Római Szerződést meghatározó neoliberais gondolkodás szerint a szociális indítatású közösségi beavatkozás káros, mert az gátolja a termelési tényezők optimális kombinációját, ez pedig csökkenti a gazdasági teljesítményt, melynek következtében a szociális fejlődés forrásai is csökkennek.⁴

Ugyanis az akkor uralkodó felfogás szerint a szociális dimenzió csak másodlagos tényező volt, elsődleges célnak pedig a gazdasági növekedést tekintették, mely a neoliberais ideológia szerint automatikusan maga után vonja az életszínvonal és az élet-körülmények javulását.

Így a szociálpolitika nem is szerepelt a közös piac céljai között.

A Római Szerződés ezen kívül létrehozta az Európai Szociális Alapot. Ennek alap-gondolata az volt, hogy a folyamatosan változó társadalmi és foglalkoztatási helyzet kezelésére anyagi segítséget nyújtsanak. Az Európai Szociális alap célját a Római Szerződés 123. cikkelye a következőképpen fogalmazza meg:

“... célja, hogy a Közösségen belül megkönnyítse az elhelyezkedési lehetőséget, megnövelje a dolgozók földrajzi és szakmai mobilitását, valamint megkönnyítse az ipari változásokhoz és a termelési rendszer fejlődéséhez való alkalmazkodást, kivált-képpen a szakképzés és átképzés által.”

3. A Szociális Akcióprogram

Az 1960-as évek végén és a '70-es évek elején bár a munkanélküliség tényleg csökkent, egyre többen kezdték kétségbe vonni a “gazdasági fejlődés majd mindent me-gold” elvét. Közben 1972-ben Dániát, Nagy-Britanniát és Írországot is felvették a tagállamok közé. 1974-ben már a kilenc tagállam elfogadta a Szociális Akcióprogra-mot, mely meghatározta az Európai Közösség későbbi szociálpolitikájának irányát. A

⁴ Az Európai Szociális Alap működését a későbbiekben többször módosították. A módosításokra e dolgoza-tomban nem térek ki, a témával részletesen foglalkozik: GYULAVÁRI T. – KÖNCEI GY.: *Európai szociális jog*. Oziris, 2000, pp. 98-122.

Szociális Akcióprogram három fő célt fogalmaz meg. Elsőként a foglalkoztatási helyzet, majd az élet- és munkakörülmények javítását ösztönzi, ezen kívül pedig szól a szélesebb körű párbeszéd szükségességéről a Közösség gazdasági és szociális döntéseinek meghozatalában. Az Akcióprogram alapján 1974–1976 között több jelentős közösségi szociálpolitikai irányelvet fogalmaztak meg. Ám ezek a foglalkoztatás kérdését csak közvetetten érintették, elsősorban a diszkrimináció tilalmáról és a nők jogairól szóltak.

4. Közösségi Karta a munkavállalók alapvető szociális jogairól

Az 1980-as években, főleg az évtized második felében a munkanélküliség egyre súlyosabb problémát jelentett az Európai Közösség tagállamainak. A legtöbb tagállamnak igen magas munkanélküliséggel kellett szembenéznie ezekben az években. Ez újabb lépések meghozatalára ösztönözte a tagállamokat. A gazdasági fejlődés elsődlegességének az elvét végleg elvetették és az 1989. június 26-27-én tartott madridi csúcson határozottan kimondták, hogy a gazdasági fejlődés mellett a szociális fejlődést is azonos mértékben kell hangsúlyozni. Ugyanezen év decemberében, Strasbourgban, a tagállamok elfogadták a "Közösségi Karta a munkavállalók alapvető szociális jogairól" című dokumentumot. Pontosabban a Kartát az akkori 12 tagállam közül csak 11 fogadta el, Nagy-Britannia viszont teljes mértékben elutasította azt. Az akkor hatalmon lévő angol konzervatív kormány ugyanis a munkanélküliség problémájának enyhítését a munkajogi deregulációban, vagyis a munkajogi szabályok csökkentésében látta[M1]. A brit ellenállás következtében a Karta nem lett kötelező erejű a tagállamokra nézve. A Karta alapvető szociális jogokat és határozott célokat tartalmaz. A foglalkoztatásról a 4-6. cikkben szól, ám csupán a szabad munkaválasztáshoz és a tisztességes bérezéshez való jogot említi. Ezen kívül leszögezi, hogy a közérdekű állasközvetítés mindenki számára ingyenes.

5. A "Növekedés, versenyképesség, foglalkoztatás" című Fehér Könyv

A közösségi szintű foglalkoztatáspolitikáról az 1993-ban kiadott "Növekedés, versenyképesség, foglalkoztatás" című Fehér Könyv nyitott vitát. E Fehér Könyvben jelenik meg először a foglalkoztatáspolitikai gazdasági és szociális megközelítésének ötvöződése. Ez a gyakorlatban annyit jelent, hogy a gazdaság alakításánál figyelembe kell venni az aktív szolidaritás elvét, vagyis a gazdaság versenyképességének növelése mellett csökkenteni kell a meglévő társadalmi különbségeket.

6. Fehér Könyv a Szociálpolitikáról

E dokumentumot a Bizottság 1994 júliusában fogadta el azzal a céllal, hogy meghatározza az Európai Unió szociálpolitikai tevékenységének a jövőbeni irányvonalát. A dokumentum négy fő részre tagolható, melyek egyike a foglalkoztatás.

7. Esseni Értekezlet

Egy évvel később, 1994-ben az Európa Tanács elfogadta az "Esseni Következtetések" című dokumentumot, melyben a tagállamok számára 5 különös jelentőségű foglalkoztatáspolitikai területet emelnek ki. Ezek a következők:

1. Az elhelyezkedési lehetőségek javítása a szakképzés fejlesztésével.
2. A gazdasági növekedéssel növelni kell a foglalkoztatottak számát. Ezt elsősorban a rugalmasabb munkaszervezettel, a munkahelyteremtést segítő bérpolitikával és regionális kezdeményezésekkel kell elérni.
3. Csökkenteni kell a közvetett munkaerőköltségeket.
4. A passzív foglalkoztatáspolitikai eszközök helyett aktív eszközöket kell alkalmazni.
5. Külön intézkedéseket kell hozni azon rétegek számára, akiket a munkanélküliség különösen fenyeget (fiatalok, tartós munkanélküliek, nők, idősebb munkavállalók).

Az Esseni Következtetések nyomán kialakult változásokat az Európa Tanács az 1995-ben Madridban és az 1996-ban Dublinban megrendezett ülésén értékelte.

8. Amszterdami Szerződés

Az 1997. június 16–17-én megrendezett Amszterdami Csúcson az Európa Tanács elfogadta az úgynevezett Amszterdami Szerződést. Ezzel a foglalkoztatáspolitikai kiemelkedően fontos állomásához érkezett. A Szerződésben külön fejezetet szentelnek a foglalkoztatásnak. E Szerződésben szerepel először a foglalkoztatás mint közösségi érdek: "a tagállamok....a foglalkoztatás növelését közösségi érdekek tekintik és összehangolják tevékenységüket..."⁵

A Szerződés a tagállamok számára a magas foglalkoztatási szint biztosítását tűzi ki célul. A foglalkoztatást továbbra is tagállami szinten kell szabályozni, de minden tagállamnak figyelembe kell vennie a Tanács iránymutató elveit.

A Szerződésben a tagállamok meghatározták a közösségi foglalkoztatási stratégia eljárási rendjét. Ennek lényege az, hogy

1. az Európa Tanács minden évben minősített többséggel elfogadja a foglalkoztatási irányvonalakat, melyeket a tagállamoknak figyelembe kell venniük saját foglalkoztatáspolitikájuk meghatározásánál.
2. A tagállamok kötelesek évente beszámolni a Tanácsnak és a Bizottságnak arról, hogy az irányvonalakat mennyiben sikerült saját foglalkoztatáspolitikájukba beilleszteni.
3. A tagállamok éves jelentése alapján a Tanács és a Bizottság közös jelentést készít.
4. A közös jelentés alapján a Tanács következtetéseket fogad el, melyeket figyelembe vesznek a következő évi foglalkoztatáspolitikai irányvonalak kialakításánál.

⁵ Amszterdami Szerződés 127. §.

5. Ezen kívül a Tanács – a Bizottság javaslatára – egyes tagállamok felé ajánlásokat is intézhet.⁶

A Tanács ösztönző intézkedéseket fogadhat el olyan programok támogatására, melyek segítik a tagállamok közötti tapasztalatcserét és összehasonlító kutatások, elemzések készítését.⁷ A Szerződés értelmében a tagállamoknak létre kell hozniuk egy külön Foglalkoztatási Bizottságot is.⁸

Az Amszterdami Értekezleten a tagállamok abban is megállapodtak, hogy az év végén Luxemburgban újabb értekezletet hívnak össze, melyet teljes egészében a foglalkoztatás kérdésének szentelnek.

9. A Luxemburgi Foglalkoztatási Értekezlet

Ezt az értekezletet 1997. november 20–21-én hívták össze. Az értekezleten az Európa Tanács úgy határozott, hogy az Amszterdami Szerződés Foglalkoztatási fejezetét azonnal életbe kell léptetni. Ezzel a megkezdődött a tagállami foglalkoztatáspolitikák összehangolásának a gyakorlati megvalósítása. Az összehangolás az Amszterdami Szerződésnél részletezett eljárás alapján folyik. A Luxemburgi Értekezleten az Európa Tanács hangsúlyozta, hogy a tagállamoknak a gazdaságpolitikák összhangját is javítani kell, mivel a foglalkoztatás csak kedvező gazdasági helyzetben növelhető igazán.

II. A foglalkoztatási irányvonalak

A foglalkoztatáspolitikák összehangolásának fontos és alapvető dokumentumai a Tanács által évente elfogadott foglalkoztatási irányvonalak, melyeket a tagállamoknak figyelembe kell venniük nemzeti foglalkoztatáspolitikájuk kialakításánál. Lényeges azonban, hogy a tagállamok egyedi, konkrét célokat jelöljenek ki maguk számára a kívánt eredmények elérésére. A tagállamok a Tanácsnak és a Bizottságnak is megküldik éves Nemzeti Foglalkoztatási Akciótervüket, amelyben szerepeltetni kell az irányvonalak alapján kitűzött célokat és elérésük eszközeit is. A Tanács ez alapján értékeli, hogy a tagállamok hogyan ültették át a gyakorlatba a közös foglalkoztatási irányvonalakat.⁹

A foglalkoztatási irányvonalak az alábbi 4 pillérre épülnek:

1. a foglalkoztathatóság javítása;
2. a vállalkozások támogatása;
3. az alkalmazkodóképesség fokozása;
4. az egyenlő munkaerőpiaci esélyek elősegítése.

A következőkben az évenkénti változások részletezésével áttekintem az 1998-ra, az 1999-re és a 2000-re elfogadott irányvonalakat.

⁶ Amszterdami Szerződés 128. §.

⁷ Amszterdami Szerződés 129. §.

⁸ Amszterdami Szerződés 130. §.

⁹ NAGY (2000) p.288–289.

1. Az 1998. évi foglalkoztatási irányvonalak

– Az első pillérre (a foglalkoztathatóság javítására) épülő irányvonalak:

= a tagállamoknak fel kell venniük a harcot a tartós munkanélküliséggel és a fiatalok munkanélküliségével oly módon, hogy

= minden munkanélküli felnőttnek újakezdési lehetőséget kell biztosítani a munkanélkülivé válását követő 12 hónapon belül. Ez lehet képzés, átképzés; szakmai gyakorlat vagy a foglalkoztathatóság javítására alkalmas más eszköz.

= Minden fiatal munkanélkülinek ugyanilyen újakezdési lehetőséget kell biztosítani a munkanélkülivé válást követő 6 hónapon belül.

2. Meg kell könnyíteni az iskolából a munka világába való átmenetet, tehát

= csökkenteni kell azon fiatalok számát, akik túl korán, képzettség nélkül hagyják el az iskolát.

= javítani kell az iskolarendszereket és növelni kell a képzési lehetőségek számát.¹⁰

3. A passzív foglalkoztatáspolitikai eszközök helyett az aktív eszközöket kell előnyben részesíteni. A tagállamoknak ösztönözniük kell a munkanélkülieket a munkahelykeresésre és a munka világába való visszatérésre. Minden tagállam köteles növelni a képzésben vagy más aktív eszközökben részesülők számát. Fokozatosan kell elérniük a három legeredményesebb tagállam átlagát,¹¹ de legalább azt, hogy a munkanélküliek 20%-a aktív programban részesüljön.¹²

4. A szociális partnereket jobban be kell vonni a foglalkoztatáspolitikák kialakításába. Ezeknek olyan megállapodásokat kell kötniük, melyek növelik a képzési, tapasztalatszerzési és az egész életen át tartó tanulás lehetőségeit.

– A második pillérre (a vállalkozások támogatására) épülő irányvonalak:

5. A Bizottság hangsúlyozta, hogy a kis- és középvállalatoknak jelentős szerepük van a munkahelyteremtésben. Ezért a tagállamoknak meg kell könnyíteniük a vállalkozóvá válást és a vállalkozások működtetését. Ennek érdekében a tagállamoknak konkrét szabályokat kell hozniuk annak érdekében, hogy csökkentsék a kis- és a középvállalkozások adminisztratív költségeit és az új munkaerő felvételével járó költségeket. 1980-ban a vállalkozások adóterhe 35 % volt, 1995-ben ez az arány már 43 %. A tagállamoknak vissza kell fordítaniuk ezt a növekvő tendenciát és a kis- és középvállalkozásokra nehezedő adóterheket is csökkenteniük kell.

– A harmadik pillérre (az alkalmazkodóképesség fokozására) épülő irányvonalak:

6. El kell érni, hogy a munkavállalók alkalmazkodni tudjanak a munkaerőpiaci változásokhoz és az új technológiákhoz. Ennek érdekében a tagállamoknak rugalmasabbá kell tenniük a munkaerőpiaci szervezetet oly módon, hogy:

¹⁰ <http://europa.eu.int/comm/dg05/elm/summit/fr/backgr/pilars.htm>.

¹¹ 1998-ban az aktív eszközök szempontjából a három legeredményesebb tagállam Finnország, Dánia és Hollandia volt, ahol a munkanélküliek 28 %-át részesítették aktív programban.

¹² A Bizottság eredeti terve szerint a megkövetelt arány 25 % lett volna.

= megállapodásokat kötnek a szociális partnerekkel a munkaidő csökkentésére, a részmunkaidős foglalkoztatásra, a túlórák csökkentésére stb. vonatkozóan.

= ösztönzik az atipikus munkákat és megteremtik az ehhez szükséges jogi garanciákat. A csökkentett munkaidőben dolgozó személyeket nem érheti hátrány a karrier-lehetőség és a szociális védelem szempontjából.

7. A változásokhoz való alkalmazkodás érdekében javítani kell a vállalatokon belüli képzési lehetőségeket. Ezt elsősorban az adóügyi akadályok megszüntetésével lehet elérni.

– *A negyedik pillérre* (az egyenlő munkaerőpiaci esélyek elősegítésére) épülő irányvonalak:

Az egyenlő munkaerőpiaci esélyek elvének a foglalkoztatáspolitiká minden területén jelen kell lennie.

8. A munkanélküli nők aránya mindegyik tagállamban meghaladja a munkanélküli férfiak arányát. A tagállamoknak törekedniük kell arra, hogy csökkentsék a két nem foglalkoztatási arányának a különbségét, vagyis növeljék a női munkavállalók számát. Ezen elv mögött megalapozott gazdasági szükségsszerűség is húzódik. Napjainkban az egyre fogyó munkaképes lakosságra egyre nagyobb számú eltartott jut. Ez az arány ugyan némileg befolyásolható a nyugdíjkorhatár emelésével, illetve a migrációs jogszabályok módosításával, de jelentős változást csak a nők munkavállalásának nagymértékű kiterjesztésével lehet elérni. A munkabérekből származó bevételek szintjének fenntartására nemcsak a szociális ellátórendszer védelmi képességének megőrzéséhez, hanem az egész újraelosztási rendszer finanszírozásához is szükség van.¹³

9. Meg kell könnyíteni a munka és a családi élet összeegyeztetését. A nők számára különösen fontos a szülési szabadságra, a gyermekgondozási szabadságra és a részmunkaidőre vonatkozó jogszabályok fejlesztése, ugyanúgy mint a gyermekgondozási szolgáltatások, illetve az egyéb eltartott személyek gondozását biztosító szolgáltatások kiterjesztése.

10. Meg kell könnyíteni a nők visszatérését a munka világába. A szakmai pályafutás időleges megszakítása után a nőknek bizonyos esetekben szembe kell nézniük azzal a veszéllyel, hogy foglalkoztathatóságuk időközben romlott, mivel szaktudásuk nem követte a változásokat. Ezen a helyzeten a tagállamoknak javítaniuk kell.

11. Javítani kell a fogytékosok munkaerőpiaci helyzetét.

2. Az 1999. évi foglalkoztatási irányvonalak

A luxemburgi folyamat első éve a foglalkoztatáspolitikában pozitív eredményt hozott. A tagállamoknak sikerült a foglalkoztatási arányt növelniük, ám a növekedés mértéke tagállamonként változik. Az Európai Unióban 1,8 millió új munkahelyet teremtek. 1990. óta a foglalkoztatási arány az összes tagállamban első alkalommal nőtt, noha ez a növekedés Németországban elhanyagolható volt. A foglalkoztatás növekedése a munkanélküliség 9,9 %-ra való csökkenésével járt együtt. A munkanélküli-

¹³ FARKAS (1998) p.140.

ség a férfiak és a nők körében hasonló arányban csökkent. Persze ez még mindig nem elegendő.

Az 1999. évi foglalkoztatási irányvonalak megalkotásánál az volt a fő elv, hogy mivel a munkanélküliség elleni harc folyamatos és kitartó erőfeszítést igényel és az 1998-as foglalkoztatási irányvonalak végül is beváltották a várakozásokat, így 1999-ben csak minimális változtatásokra van szükség. Mivel az előző évi foglalkoztatáspolitikai irányvonalak hosszú és nehéz tárgyalások eredményei, kockázatos lenne a már felépített rendszert szétrombolni.

A főbb változtatások a következők voltak:¹⁴

– Az első pillér – a foglalkoztathatóság javítása

= A Bizottság új irányvonalat iktatott be a foglalkoztatási szint növelésére irányuló adó- és ellátási rendszerrel kapcsolatos reformok támogatására, továbbá javasolja a meglévő eszközök, mindenekelőtt a korai nyugdíjazás újraértékelését is.

= Az 1999-es irányvonalakban a Bizottság fokozottabban hangsúlyozza az egész életen át tartó tanulás szerepét. Kiemeli, hogy az idősebb munkavállalókat be kell vonni az információs és kommunikációs technológiákhoz kapcsolódó szaktudás fejlesztésébe.

= Az eredetileg a 4. pillérhez tartozó fogyatékosokra vonatkozó irányelv kibővült az etnikai kisebbségekkel és más hátrányos helyzetű rétegekkel, és átkerült a foglalkoztathatóság pillérébe.

– A második pillér – a vállalkozások támogatása

1. Az egyik új irányvonal hangsúlyozza, hogy a tagállamoknak keretfeltételeket kell kidolgozniuk ahhoz, hogy teljes mértékben kiaknázzák a szolgáltató szektorban, az ipari szolgáltatásokban, az információs társadalomban, valamint a környezetvédelmi szektorban rejlő foglalkoztatási lehetőségeket.

– A negyedik pillér¹⁵ – egyenlő munkaerőpiaci esélyek elősegítése

2. A Bizottság javasolta a 21. irányvonal megerősítését, mely előírja a tagállamoknak a gyermekek és más eltartottak számára szükséges, megfizethető, hozzáférhető és magas színvonalú gondozási szolgáltatások fejlesztését.

3. Foglalkoztatási irányvonalak 2000-re

A foglalkoztatási irányvonalak továbbra is az előző két évben már bevált négy pillérre épülnek. A Bizottság most sem kívánt jelentős változtatásokat eszközölni a következő év irányvonalainak megalkotásakor. Új irányvonalak helyett inkább a meglévő irányvonalak pontosítását, kiegészítését célozta. A Bizottság a következő kiegészítéseket javasolta:

1. Tisztázni kell a megelőzés célját és ezzel ki kell egészíteni a kapcsolódó irányvonalakat. A megelőzés az egyénnél konkrét, korai beavatkozást igényel, célja

¹⁴ NAGY (2000) p.301.

pedig az, hogy elősegítse a munkanélküli gyors és hatékony visszatérését a munkaerőpiacra.

2. Az iskolákban javítani kell az Internet- hozzáférési lehetőséget, valamint az új információs technológiák elsajátításának a lehetőségét.

3. Még jobban kell hangsúlyozni a szociális partnereknek a munkaerőpiaci szervezet modernizálásában betöltött szerepét.

4. Ki kell emelni a regionális szervezetek fontosságát a helyi munkahelyteremtésben.

5. Támogatni kell az egyének visszatérését a munkaerőpiacra.

4. Foglalkoztatási irányvonalak 2001-re

A foglalkoztatási irányvonalak változatlanul a már hagyományosnak mondható négy pillérre épülnek. Az irányvonalak kidolgozását nagy mértékben befolyásolta a 2000-ben megtartott Lisszaboni Csúcs. E találkozáson a tagállamok új célt tűztek ki maguk elé: 2010-re a jelenlegi 61 %-os uniós foglalkoztatási átlagot 70 %-ra kell növelni, a nőknek pedig a jelenlegi 51 %-os uniós foglalkoztatási átlagát 60 %-ra kell emelni. A foglalkoztatási irányvonalakban a 2000. évhez képest a Bizottság javaslatában a következő változások találhatók:

- a fiatalokról és a tartós munkanélküliekről szóló irányvonalakat egy irányvonalba vonták össze,

- a passzív eszközök helyett az aktív eszközök ösztönzésének az elvét – mely elvet eddig a harmadik irányvonal tárgyalta – beépítették az új második és hatodik irányvonalakba,

- az új harmadik irányvonal részletesen szól az idősebb munkavállalókról és az aktív életkor kitolódásáról; még nagyobb szerepet kap az egész életen át tartó tanulás (4-6. irányvonal),

- a nyolcadik irányvonal sokkal részletesebben szól a diszkrimináció elleni harcról,
- a szociális partnereknek nagyobb szerep jut a foglalkoztatás bővítésében (14-16. irányvonal); a családi élet és a munka összeegyeztetéséről valamint a kihagyás után a munka világába történő visszatérésről szóló irányvonalakat összevonták és a 19. irányvonalban tárgyalják.

5. Az irányvonalak érvényesülése az Európai Unióban

5.1. Az első pillér – a foglalkoztathatóság javítása

1998-ban az Európai Unióban a tagállamok átlagosan a GDP 3%-át fordították a foglalkoztatáspolitikára, ebből 38 %-ot az aktív politikák támogatására. A fennmaradó 68 %-ból a munkanélküli járadékok és a munkanélküliek egyéb pénzbeli segélyezését fedezték. A GDP legnagyobb százalékát, 5,6 %-ot, Dánia fordítja foglalkoztatáspolitikára, ezen kívül Hollandia, Írország, Finnország, Belgium és Svédország is a közösségi átlagnál nagyobb arányt használ fel a munkanélküliség problémájának megoldására.

Ezek közül csak Svédországban van egyensúly az aktív és a passzív eszközök között, a többi tagállamban jóval nagyobb arányt költenek a passzív eszközökre, mint az aktív eszközök támogatására. Olaszország, Portugália, Ausztria, az Egyesült Királyság, Luxemburg és Görögország a GDP kevesebb mint 2 %-át fordítja a foglalkoztatáspolitikára, de az aktív és a passzív eszközökre fordított összegek csak az utóbbi két tagállamban vannak egyensúlyban.

A fiatal munkanélkülieknek Olaszországban, Spanyolországban, Belgiumban és Görögországban van a legnehezebb helyzetük. Ezekben az országokban a fiatal munkanélkülieknek 10 %-a vagy még ennél is több van legalább hat hónapja munka nélkül. 1997-ben az első foglalkoztatási irányvonalak megalkotásakor a tartós munkanélküliség hat tagállamban érte el vagy haladta meg az 5 %-ot: Spanyolországban, Olaszországban, Írországon, Németországban, Belgiumban, valamint Franciaországban. A felsoroltak közül azóta Spanyolországban és Írországon a tartós munkanélküliek arányában jelentős csökkenés mutatkozott, ám a többi négy tagállamban csak kevés javulás tapasztalható. A legjobb mutatókkal Ausztria, Svédország, Dánia és Finnország rendelkezik.

Minden tagállamban jellemző, hogy napjainkban a fiatalok nagyobb része jut diplomához, mint az előző generációk. 1997-ben az Európai Unió országaiban a felsőoktatásban a 24–34 év közötti személyek 46 %-a szerzett diplomát, míg ez az arány a 45–64 éveseknél 32 %. A férfiak és a nők között nincsenek jelentős különbségek az iskolai végzettségben. Ha az egész életen át tartó tanulást vizsgáljuk, megállapíthatjuk, hogy a tagállamokban ez még mindig nem kap elég hangsúlyt. Egy 1997-es felmérés szerint a vizsgálatot megelőző 4 hétben a tagállamok munkavállalóinak csupán 7,5 %-a vett részt valamilyen képzésben. Ez az arány Finnországban, Svédországban és Dániában volt a legmagasabb, több mint 15 %. A felmérés azt mutatja, hogy az idősebb, 55–59 év közötti munkavállalók közül jóval kevesebben vettek részt képzésben, mint a fiatalabb korcsoportok.¹⁵

Az iskolarendszertől való korai kilépés problémája az Európai Unión belül Portugáliában a legsúlyosabb, ahol a diákok 45 %-a az alapfokú képzésben való részvétel után befejezi tanulmányait. Olaszországban, Spanyolországban, Görögországban és Írországon ez a jelenség, ha nem is akkora méretű mint Portugáliában, szintén gondot jelent, különösen a férfiaknál. Itt megint az északi országokat – Svédország, Finnország, Dánia – lehet pozitív példaként említeni, ugyanis e tagállamokban a legkevesebb az iskolaelhagyók aránya alapfokú oktatást követően.

Az irányvonalak kialakításánál az előzetes javaslatban szereplő konkrét célok nagy részét a tagállamok elutasították. A számszerű célok közül csak az első pillér három konkrét célját fogadták el. A legtöbb tagállamban – Dánia, Írország, Ausztria, Franciaország, Spanyolország, Portugália, Finnország, Hollandia, Luxemburg – a Luxemburgi Foglalkoztatási Csúcs óta e három megelőzési cél megvalósításában jelentős előrelépések mutatkoznak. Más tagállamokban, mint például az Egyesült Királyságban és Svédországban már korábban is létezett az ezen irányvonalaknak megfelelő politika. A tagállamok többsége egyszerre hozott rendelkezéseket a fiatalokra és a tartós munkanélküliekre, de az Egyesült Királyságban, Írországon, Hollandiában, Németországban

¹⁵ Rapport Conjoint sur l'emploi 1999. p.22–27.

és Dániában két lépcsőfokban, először a fiatal munkanélküliek szabályozásával tettek eleget ezen irányvonalaknak.

A 3. irányvonal a tagállamoknak azt a célt tűzi ki, hogy növeljék a képzésben vagy a más aktív eszközökben részesülők számát úgy, hogy a munkanélküliek legalább 20 %-a részesüljön ilyen eszközökben. Ebből a szempontból a tagállamokat három csoportra oszthatjuk.¹⁶

1. Nyolc tagállam – Svédország, Belgium, Dánia, Németország, Írország, Spanyolország, Luxemburg és Finnország – magasan túllépi a 20 %-ot. Ezekben az országokban az aktív eszközökben részesülőknek az összes munkanélkülihez viszonyított aránya átlagosan 45 %.

2. Olaszország, Hollandia és az Egyesült Királyság is azt jelezték a Bizottságnak, hogy túllépték a 20 %-ot, ám ezt nem igazolták biztos adatokkal.

3. Franciaország, Ausztria, Görögország és Portugália beismerték, hogy a 20 %-os küszöböt még nem lépték át, de a jövőben igyekeznek azt megvalósítani.

Több tagállam tett lépéseket annak érdekében, hogy az idosebb munkavállalók minél tovább aktívak maradjanak. Ezt egyrészt a nyugdíjkorhatár emelésével, másrészt az előnyugdíj korlátozásával kívánják elérni. Németországban például emelték a nyugdíjkorhatárt, valamint olyan rendelkezéseket hoztak, melyek az előnyugdíjjal szemben a részmunkaidős foglalkoztatást ösztönzik. Finnországban is hasonló szabályokat alkottak. Hollandiában a közeljövőben kívánnak bevezetni egy előnyugdíjazást korlátozó intézkedést.

5.2. A második pillér – a vállalkozások támogatása

Az Európai Unióban a kis- és középvállalatoknak igen jelentős szerepük van az új munkahelyek teremtésében. Az Unióban a vállaltok 99 %-a foglalkoztat kevesebb, mint 250 személyt. Ezek a kis- és középvállalatok a foglalkoztatottaknak átlagosan mintegy 66 %-át alkalmazzák. Persze ez az arány tagállamonként jelentős eltéréseket mutat, például Görögországban a kis- és középvállalatok az aktív népesség 86 %-át foglalkoztatják, míg Dániában, Finnországban és az Egyesült Királyságban ez az arány jóval kevesebb, 56 %.¹⁷

Nyilvánvaló, hogy a fejlett gazdaságokban a jövő vállalkozásai és munkahelyei elsősorban a harmadik, a szolgáltatási szektorban létesülnek. Dániában, Svédországban és az Egyesült Királyságban a szolgáltatási szektorban dolgozik az összes munkavállalók fele, míg Európa déli országaiban és Németországban arányuk még a 40 %-ot sem éri el. Számos tagállamban a harmadik szektoron belül az információs társadalom nyújtotta lehetőségeket tekintik a munkahelyteremtés kulcspontjának. A másik ilyen potenciális munkahelyteremtő terület a környezetvédelem.

Több tagállam vezetett be olyan eszközöket, melyek a különböző hátrányos helyzetű rétegek (nők, fiatalok, munkanélküliek, illetve bevándorlók) vállalkozóvá válását segítik elő. A tagállamok többsége megkezdte a vállalkozókra nehezedő adóterhek csökkentését is.

¹⁶ Rapport Conjoint sur l'emploi 1999. p. 37–38.

¹⁷ Les entreprises en Europe, projet PME, Eurostat 1996, p.26

A vállalkozás sikerességéhez az egyéneknek rendelkezniük kell a megfelelő tudással. Ehhez kíván segítséget nyújtani az Egyesült Királyságban bevezetett "Business Support Teams", mely az új vállalkozóknak ad tanácsokat a pénzügyi és a társadalombiztosítási kérdésekben. A másik ilyen tanácsadó intézmény az "Employers Helpline" telefonszolgálat. Franciaországban a vállalkozók Interneten keresztül is kérhetnek segítséget.

A vállalkozóvá válást akadályozhatja kezdetben a jövedelem bizonytalansága. Az egyéni vállalkozók szociális biztonságának a javítása ösztönözheti a vállalkozásokat. Ezért több tagállam a kezdeti időkben továbbra is biztosítja a munkanélküliből vált egyéni vállalkozóknak a munkanélküli ellátás folyósítását. Franciaországban és Görögországban a munkanélküliből lett vállalkozók járulékfizetési kötelezettségét is csökkentik a vállalkozás első éveiben. Más államok egyszeri támogatást nyújtanak a munkanélkülieknek a vállalkozóvá váláshoz. Fontos, hogy a tagállamokban a vállalkozásokat helyi szinten is támogassák.

5.3. A harmadik pillér – az alkalmazkodóképesség fokozása

A tagállamok Nemzeti Foglalkoztatási Akcióterveit áttanulmányozva kiderül, hogy kivétel nélkül minden tagállam az első két pillér irányelveit hangsúlyozza, és az új rendelkezések, intézmények nagy része ezen két pillér irányvonalait hivatott támogatni. Azonban a harmadik és a negyedik pillér is egyre nagyobb szerepet kap.

E pillér irányvonalainak megvalósításában a szociális partnereknek nagy szerepük van. A tagállamokban egyre több munkaidőről szóló kollektív szerződést kötnek a szociális partnerekkel történt tárgyalásokat követően. Ez történt Franciaországban is a 35 órás heti munkaidő bevezetésénél. A legtöbb tagállamban a részmunkaidő bevezetése is a szociális partnerekkel való tárgyalás eredményén múlik. Például Spanyolországban 1998. novemberében a kormány és a jelentősebb szakszervezetek aláírtak egy megállapodást a részmunkaidőben dolgozók biztonságáról.

A kormányok és a szociális partnerek igyekeznek biztosítani a munkaerőpiaci szervezet rugalmasságának és a munkavállalók szociális biztonságának az egyensúlyát. Több országban, például Hollandiában, erről törvényt is hoztak.

Az atipikus szerződések keretében egyre nagyobb tér jut a távmunkának. A távmunka keretében a munkavállaló a vállalt feladatokat valamilyen távközlési csatornán, az esetek többségében számítógépen kapja, és a tevékenység eredményét ugyanazon a csatornán juttatja el a munkáltatónak, vagy a munkaközvetítőnek. Az Európai Unióban a munkavállalók 5–6 %-a dolgozik távmunkában, de a közvélemény kutatások szerint az aktív lakosság 18–20 %-a szívesen végezne így munkát.¹⁸

A szociális partnereknek jelentős szerepük van a képzések ösztönzésében és az "egész életen át tartó tanulás" megvalósításában. Az egész életen át tartó tanulás különösen fontos mai technikailag állandó változó világunkban, mivel ez tartja fenn az egyén foglalkoztathatóságát.

1998 óta Németországban a kormány és a szociális partnerek "Szövetség a munkáért" (Bündis für Arbeit) program keretében folyamatosan együttműködnek az olyan kérdésekben, mint például a képzés, vagy a szakmai gyakorlat biztosítása az új munka-

¹⁸ www.empirica.com.

vállalóknak. Jó megoldásnak tűnik a dán gyakorlat, az úgynevezett "job rotation", amely annyit jelent, hogy a vállalatnál képzést biztosítanak a munkavállalóknak és arra az időre, amíg a munkavállaló részt vesz a képzésben, a vállalat munkanélkülit foglalkoztat. Ez a megoldás előnyös egyrészt a munkavállalónak, mivel a képzés által nő a foglalkoztathatósága, másrészt a munkanélkülinek is, mivel neki is nő a foglalkoztathatósága, szakmai tapasztalatot szerez valamint esélye van arra, hogy a vállalat esetleg továbbfoglalkoztassa és így visszatérjen a munkaerőpiacra. Ez a megoldás a vállalatnak is hasznos, mivel egyrészt biztosíva van számára a helyettesítés a képzések idejére, másrészt így közvetlen kapcsolatot tarthat a potenciális munkavállalókkal. Végül a módszer előnye, hogy nagy mértékben hozzájárul az egész életen át tartó tanuláshoz.

5.4. A negyedik pillér – az egyenlő munkaerőpiaci esélyek biztosítása

1998-ban az aktív korú nőknek csak 51 %-a végzett munkát. Ez mintegy 20 százalékponttal kevesebb, mint a férfiak foglalkoztatási aránya. Spanyolországban, Görögországban, Olaszországban és Luxemburgban még ennél is nagyobb a két nem foglalkoztatási arányának a különbsége. Az Európai Unión belül csupán a dán és a svéd nők foglalkoztatási aránya közelíti meg az Amerikai Egyesült Államok mutatóit. Viszont ezekben az országokban is vannak különbségek a férfiak és a nők között a karrierlehetőségekben.

Egy 1995-ben végzett felmérés szerint az Európai Unióban a nők munkabére átlagosan a férfiak munkabérének csupán a 76 %-a. Ez a különbség főként Görögországban, Hollandiában, Portugáliában, Ausztriában és az Egyesült Királyságban jelentős, Németország keleti részein, Dániában, Svédországban, Luxemburgban és Belgiumban pedig az átlagosnál kisebb. Ezek az adatok csupán hozzávetőlegesek, mivel az említett tanulmány a munkaerőpiac nem minden területét fogta át és csak a teljes munkaidőben foglalkoztatottak körét vizsgálta.¹⁹

III. Az egyes tagállamok bevált gyakorlatai (*bonnes pratiques*)

A luxemburgi eljárás fontos része a tagállamok közötti tapasztalatcsere. A tagállamok minden évben a Nemzeti Foglalkoztatási Akciótervben nyilatkoznak arról, hogy hogyan tudták a gyakorlatban megvalósítani a foglalkoztatási irányvonalak előírásait, milyen konkrét foglalkoztatáspolitikai intézkedéseket hoztak és ezek mennyire jártak sikerrel. E fejezetben a különböző tagállamok néhány ilyen gyakorlatát ismertetem. Itt csak egy-egy példát említek a négy pillérre, az egyes tagállamok munkaerőpiaci helyzetét és nemzeti foglalkoztatáspolitikáját pedig a következő fejezetben elemzem részletesen.

¹⁹ Rapport Conjoint sur l'emploi 1999, p. 79.

1. pillér – a foglalkoztathatóság javítása

Svédország – Csökkent munkaképességű személyek munkahelyi támogatása.

A program 1985 óta a csökkent munkaképességű személyeknek biztosítja a foglalkoztathatóságuk javítását. A program az új technológiák nyújtotta lehetőségeket használja ki, például a mozgássérülteknek a munkahelyen elektromos tolókocsit biztosítanak, vagy a dyslexiás betegeknek speciális berendezéseket adnak, illetve a halláskárosultaknak speciális műszerek használatát teszik lehetővé. Évente körülbelül négyszáz munkahelyet szerelnek fel ezekkel az eszközökkel, így hozzásegítik a valamilyen okból fogyatékosokat munkahelyük megtartásához. Ezen kívül évente körülbelül 10 új munkahelyet is teremtenek a csökkent munkaképességű személyek számára.

2. pillér – a vállalkozások támogatása

Olaszország – A vállalkozások segítése az adminisztráció egyszerűsítésével Cataniában.

Olaszországban, mint ahogyan az a többi tagállamban is jellemző, a vállalkozások létrehozói hosszadalmas adminisztrációs eljárás elé néznek. Egy társaság bejegyzésére átlagosan több mint száz napot kell várni. Az 59/1997-es törvénynek, valamint a Bassanini-törvénynek²⁰ megfelelően Olaszország a múlt évben megkezdte az adminisztrációs eljárás egyszerűsítését. Cataniában (Szicília) az egyszerűsített adminisztrációs eljárás már három éve működik az "Investia Catania" program keretében.

3. pillér – az alkalmazkodóképesség javítása

Franciaország – A munkaidő csökkentése.

Az 1998. június 13-i francia törvény úgy rendelkezik, hogy a 20 főnél több munkavállalót foglalkoztató munkáltatónál 2000. január 1-i, a 20 vagy annál kevesebb főt foglalkoztató munkáltatónál pedig 2002. január 1-i hatállyal bevezetik a 35 órás heti munkaidőt. A törvény a szociális partnereket tárgyalásra ösztönzi mind vállalati, mind ágazati szinten a végrehajtás módjáról. Majdnem minden második vállalatnál megkezdődtek már a tárgyalások. 1999. május végéig több mint 4000 megállapodás született, amely több mint 1,1 millió munkavállalót érint. Ezzel párhuzamosan ágazati szinten 69 megállapodás született. A 35 órás heti munkaidő bevezetését többféleképpen lehet megvalósítani. Például kevesebb napi munkaidő bevezetésével, vagy heti egy rövidebb munkanappal, a hosszú és rövid hetek váltakozásával, éves pihenőnapokkal stb. A munkaidő rövidülése a részmunkaidőben dolgozókra is alkalmazandó munkabérük változatlanul hagyása mellett. Több megállapodás ad lehetőséget a részmunkaidőben dolgozóknak arra, hogy nagyobb, heti 35 órás munkaidőben dolgozzanak.

4. pillér – egyenlő munkaerőpiaci esélyek

Finnország – Gyermekmegőrző szolgálat létrehozása.

A gyermekmegőrző szolgálat létrehozásának az volt a célja, hogy megkönnyítsék a szülők munkavállalását. Az önkormányzatok által működtetett intézmények minden 7 évnél fiatalabb gyermek egész napos elhelyezését biztosítják. A 3 évnél fiatalabb gyer-

²⁰ 191/1998. tv.

mekek szülei otthoni gyermekfelügyeleti támogatást is igényelhetnek. Az iskolás gyerekek pedig ingyen kapnak napi egyszeri étkezést.

Ez a szolgáltatás lehetővé teszi, hogy a kisgyermekes anyák is jelen legyenek a munkaerőpiacon, sokszor teljes munkaidőben. 1998-ban a 25–54 év közötti finn nők foglalkoztatási aránya 84 % volt, az ugyanezen korcsoportba tartozó férfiaké pedig 90 %. 1998-ban a nőknek csak 16 %-a, a férfiaknak pedig 7 %-a dolgozott részmunkaidőben. A finn kormány a szolgáltatás költségeit a GDP 1,5 %-ára becsüli.

IV. Az Európai Unió országainak munkaerőpiaci helyzete és nemzeti foglalkoztatáspolitikája

E fejezetben a tizenöt uniós tagállam foglalkoztatási helyzetét és az általuk követett foglalkoztatáspolitikát kívánom ismertetni. Mivel a foglalkoztatáspolitikai irányvonalak csupán a főbb elvi teendőket mutatják, a tagállamok ezekre különféleképpen adnak választ. Már az előző fejezetben bemutatott néhány példa is azt a tényt erősíti meg, hogy a foglalkoztatáspolitikai irányelvek gyakorlatba ültetésének számos módja lehetséges. Az 1. számú táblázat az Európai Unió országainak foglalkoztatási helyzetét szemlélteti:

1. sz. táblázat

Az Európai Unió tagállamainak munkanélküliségi rátája és foglalkoztatási aránya 1990–1998 között

Tagállam	Munkanélküliségi ráta (%)				Foglalkoztatási arány (%)			
	1990	1994	1996	1998	1990	1994	1996	1998
Ausztria	3,2	3,8	4,3	4,7	69,7	70,5	69,8	70,1
Belgium	6,7	10,0	9,7	9,5	54,7	56,0	56,6	57,5
Dánia	7,7	8,2	6,8	5,1	77,6	74,3	75,4	78,9
Egyesült Királyság	7,0	9,6	8,2	6,3	72,4	68,8	69,8	71,4
Finnország	3,2	16,6	14,6	11,4	75,7	61,2	62,4	65,1
Franciaország	8,9	12,3	12,4	11,7	62,9	60,2	60,4	60,8
Görögország	6,4	8,9	9,6	11,6	56,6	55,9	56,9	57,2
Hollandia	6,2	7,1	6,3	4,0	62,2	63,2	65,1	68,3
Írország	13,4	14,3	11,6	7,8	53,5	54,0	56,3	60,5
Luxemburg	1,8	3,3	3,3	2,5	57,7	60,6	59,6	58,6
Németország	4,8	8,4	8,9	9,4	65,9	63,7	62,5	61,5
Olaszország	9,1	11,4	12,0	12,2	53,6	51,7	51,4	51,7
Portugália	4,6	7,0	7,3	5,1	66,2	65,8	66,0	68,9
Spanyolország	16,4	24,1	22,2	18,8	49,7	45,5	47,2	50,2
Svédország	1,7	9,4	9,6	8,3	82,8	71,4	70,3	70,3
EU-átlag	7,7	11,4	10,8	10,0	62,6	60,1	60,3	61,1

Forrás: NAGY KATALIN (2000)

1. Ausztria

Az elmúlt évek lassú gazdasági növekedése után úgy tűnik, hogy Ausztria gazdasága gyors fejlődésnek indult. A gazdasági növekedés természetesen maga után vonja a foglalkoztatási szint emelkedését is. Mint az az 1. sz. táblázatból is kitűnik, az 1996. évi 69,8 %-os foglalkoztatási arány 1998-ra 70,1 %-ra emelkedett. Ez a többi tagállamhoz viszonyítva igen jó arány. A 2. sz. táblázat Ausztriában a munkanélküliek korcsoportok szerinti számát mutatja az 1998-as évben:

2. sz. táblázat

1998-ban a munkanélküliek korcsoportok szerinti megoszlása Ausztriában

Korcsoport	A munkanélküliek számának éves átlaga	Az 1997-es évhez képest a változás (fő)	Az 1997-es képest a változás (%)
15–18	4.569	- 381	- 7,7
19–24	31.885	- 1.092	- 3,3
25–29	33.118	- 1.451	- 4,2
30–39	68.863	+ 1.246	+ 1,8
40–49	49.560	+ 462	+ 0,9
50–54	28.808	+ 1.884	+ 7,0
55–59	19.820	+ 3.520	+ 21,6
60 éven felüliek	1.172	+ 259	+ 28,4
összesen	237.795	+ 4.447	+ 1,9
15–24	36.454	- 1.473	- 3,9
25–49	151.541	+ 257	+ 0,2
50 éven felüliek	49.800	+ 5.663	+ 12,8

Forrás: Implementation Report for 1999 on the National Action plan For Employment, Austria; Appendix 1, G 1

Az osztrák Foglalkoztatási Akcióterv fontos szerepet tulajdonít az első két irányvonalnak, vagyis a fiatalkori és a tartós munkanélküliség megelőzésének. 1998-ban 20.765 fiatal, 25 éven aluli munkanélküli vett részt valamilyen képzési programban, ezzel elérték, hogy ezeknek a fiataloknak a foglalkoztathatósága nagy mértékben nőtt, így könnyebben találtak munkát.

1998-ban Ausztriában 37.889 tartós munkanélkülit regisztráltak. Azoknak a munkanélkülieknek, akik aktív program keretében valamiféle képzésben vettek részt, a legnagyobb része a munkanélküliség első 12 hónapjában talál megfelelő munkát.

Ausztriában 1996-ban a munkanélkülieknek csak körülbelül 10 %-át részesítették aktív foglalkoztatáspolitikai eszközben. Mivel az Európai Bizottság 2002-re a 20 %-os arány elérését tűzte ki célul, Ausztria is megkezdte az aktív eszközök ösztönzését. 1998-ra 13,7 %-ot sikerült elérniük.

Ausztriában 1999. március 1-én lépett hatályba az a törvény, mely az egész életen át tartó tanulást ösztönzi. A távoktatástól is jelentős eredményeket várnak, 1998-tól folyamatosan fejlesztik az Interneten keresztüli oktatást is.

Az utóbbi években folyamatosan nőtt azoknak a száma, akik valamilyen hátránnyal indulnak a munkaerőpiacon. Ausztriában a felmérések szerint minden hatodik munkanélküli – fizikai, mentális vagy pszichológiai okok miatt – a munkaerőpiacon hátrányos helyzetben van.

1998-ban 40.540 ilyen személyt tartottak nyilván. Az utoljára 1999. január 1-ével módosított, a hátrányos munkaerőpiaci helyzetben lévő személyekről szóló törvény alapján az a munkáltató, mely nem foglalkoztat meghatározott számú hátrányos munkaerőpiaci helyzetben lévő személyt, az köteles többletadót fizetni.²¹ Részben ezekből fedezik a fenti személyek foglalkoztatást elősegítő programjait.²²

Míg 1997-ben az Európai Unióban átlagosan 0,3 %-kal nőtt az egyéni vállalkozások száma (a mezőgazdasági és erdőgazdálkodási szektoron kívül), addig Ausztriában ez az arány 1 % volt. A fejlett államokra jellemző, hogy a foglalkoztatottak többsége a szolgáltatási szektorban dolgozik. Ausztriában a szolgáltatási szektorban dolgozók aránya (63,5 %) valamivel az uniós átlag (65,6 %) alatt van. Ausztria az öregedő társadalmak közé tartozik, vagyis a születések száma folyamatosan csökken, míg az átlagéletkor nő. Ez a társadalomban az időskorúak magas arányát eredményezi. A demográfiai változásokból következően egyre több munkalehetőség akad az időssek gondozásánál, illetve egyes szociális és egészségügyi területeken. Az osztrák kormányzat célul tűzte ki a harmadik szektorban rejlő munkalehetőségek még jobb kihasználását.

Az osztrák Foglalkoztatási Akcióterv azt is ösztönzi, hogy az információs társadalom fejlődéséből adódó lehetőségeket is ki kell használni, különösen a telekommunikáció, illetve az informatika területén.²³

A szociális partnereknek kétségtelenül szerepük van abban, hogy Ausztriában a foglalkoztatás magasabb, a munkanélküliség pedig alacsonyabb az európai átlagnál. A szociális partnerek különösen a munkaidőt érintő kérdésekben működnek együtt mind vállalati, mind ágazati szinten. Jelenleg a munkáltatók 40 %-ánál a kollektív szerződésben heti 40 óránál kevesebb, elsősorban 38,5 vagy 38, illetve 36 óra heti munkaidő szerepel.

Bár az osztrák nők munkaerőpiaci helyzete valamivel kedvezőbb, mint az európai átlag, azért Ausztriában is érezhető, hogy a nőknek gyakran kisebb karrierlehetőségük van és nehezebb minőségi munkához jutniuk, mint a férfiaknak. Az Osztrák Társadalombiztosítási Intézet (Hauptverband der Socialversicherungsträger) felmérése szerint 1997-ben a nők munkabére átlagosan 45 %-kal volt alacsonyabb, mint a férfiaké. 1998-ban a nők foglalkoztatási aránya 62,2 % volt, 0,8 %-kal magasabb, mint két évvel korábban. Ez a növekedés elsősorban annak tudható be, hogy a részmunkaidő egyre nagyobb tért nyer.²⁴

²¹ Magyarországon az 1991. évi IV. törvény a Foglalkoztatás elősegítéséről és a munkanélküliek ellátásáról hasonlóan rendelkezik a rehabilitációs hozzájárulásról.

²² Implementation Report for 1999 on the National Action plan For Employment, Austria. p. 9–23.

²³ Uo. p. 32–35.

²⁴ Uo. p. 33–40.

2. Belgium

Belgiumban mind a munkanélküliek aránya, mind a foglalkoztatási arány valamivel alacsonyabb, mint az uniós átlag. 1990 és 1998 között mintegy 233.000 új munkahelyet teremtettek, ebből 67.000-et az utolsó két évben. Ezek háromnegyedét Flandriában hozták létre, 19 %-át a vallonoknál, 4 %-át pedig Brüsszelben. Az országban a területi különbségek igen jelentősek, a vallon részen és a fővárosban majdnem kétszer annyi munkanélkülit tartanak nyilván, mint Flandriában.

A 15 és 24 év közötti belga fiatalok 6,1 %-a volt 1998-ban munka nélkül. A tapasztalatok azt mutatják, hogy ezeknek a fiataloknak körülbelül a fele talál munkát a munkanélkülivé válást követő hat hónapon belül. 1999. január 1-én beindítottak egy programot, melynek lényege, hogy minden olyan 25 éven aluli munkanélküli fiatal, aki már 5 hónapja munkanélküli és nincs középiskolai végzettsége, köteles részt venni egy intenzív kurzuson, mely a foglalkoztathatóságának növelését szolgálja.

Belgiumban a tartós, vagyis a már legalább egy éve munkanélküliek aránya meghaladja az európai uniós átlagot. A belga munkanélküli biztosítási rendszerben egyébként a munkanélküli járadék folyósításának elvben nincs időbeni korlátja. Sőt, bizonyos idő elteltével, általában kilenc hónap után, a pályakezdő munkanélkülieket is pénzbeli ellátásban részesítik. E jellegzetességekből következik, hogy a munkanélküli ellátások összege nem túl magas.

A belga Foglalkoztatási Akcióterv hangsúlyozza az egész életen át tartó tanulás fontosságát. A teljes munkaidős, magánszektorban dolgozó személyeknek lehetőségük van arra, hogy tanulmányi szabadság igénybevételével tökéletesítsék szaktudásukat.²⁵ Az Eurostat 1997-es adatai szerint Belgiumban a 15 és 24 év közötti fiatalok 11,3 %-a lép ki az iskolarendszerről középiskolai végzettség nélkül. Ez valamivel kedvezőbb, mint az európai átlag.²⁶ Természetesen ezeknek a fiataloknak a foglalkoztathatósága alacsonyabb, mint a középiskolát végzett fiataloké. A belga kormány az iskolarendszer javításával próbálja kedvezőbbé tenni a helyzetet.²⁷

Belgiumban, mint ahogyan a többi uniós tagállamban is, az adminisztratív kötelezettségek a kisvállalkozásoknak nagyobb terhet jelentenek, mint a nagyvállalatoknak, mivel a kisebb vállalatok általában nem rendelkeznek ehhez elegendő szakemberrel, illetve korlátozottabb anyagi lehetőségeik miatt nehezebben tudnak ilyen szakembereket alkalmazni. Hogy elősegítsék a munkahelyteremtést, a tizenegynél kevesebb főt foglalkoztató vállalatokat felmentik az új munkaerő alkalmazásával járó költségek megfizetése alól. Egyes munkák után – pl. baby-sitterek, házvezetőnők esetében – nem kell személyi jövedelemadót fizetni.

A részmunkaidőben dolgozók száma Belgiumban az utóbbi években megemelkedett. Míg 1990-ben a munkavállalóknak csak 10,9 %-a dolgozott részmunkaidőben, addig 1997-ben már 14,7 %-uk, ám ez még mindig kevesebb az európai átlagnál. Ezek többsége nő, arányuk tízszer nagyobb, mint a férfiaké. A belga Foglalkoztatási Akcióterv szerint a jövőben még több ilyen munkahely jön létre.

²⁵ Ezt a lehetőséget nemrég óta már némelyik részmunkaidőben dolgozó személynek is megadják.

²⁶ 1997-ben ugyanez az arány Európában átlagosan 14,5 % volt.

²⁷ Investir dans la personne et l'emploi, Plan d'action belge 1999 établi dans le cadre des lignes directrices européennes pour l'emploi, p. 8–23.

Belgiumban, mint ahogyan a többi európai országban is, a nők között sokkal több munkanélküli van, mint a férfiak között. A belga Foglalkoztatási Akcióterv a nemek közötti diszkrimináció elleni harcot, a munka és a családi élet összeegyeztetését, valamint a szünet utáni újra munkába állás megkönnyítését tűzi ki célul.²⁸

3. Dánia

Az Európai Unió országai közül Dániában a legmagasabb a foglalkoztatás (78,9 %), és a munkanélküliség is viszonylag alacsony (5,1 %).²⁹ Európában egyébként Dánia fordítja a GDP-je legnagyobb százalékát a foglalkoztatáspolitikára. Az első két irányvonalban foglaltatnak két lépcsőfokban tettek eleget, először a fiatalok munkanélküliségét szabályozták, majd a tartós munkanélküliekre hoztak rendelkezéseket. Az irányvonalakban meghatározottakon felül (újrakezdés biztosítása a fiatal és a felnőtt munkanélkülieknek a munkanélkülivé válást követő 6, illetve 12 hónapon belül), a biztosítási idővel nem rendelkező 30 éven aluli munkanélkülieknek képzési lehetőséget ajánlanak fel a munkanélkülivé válást követő 3 hónapon belül.

A dán Foglalkoztatási Akcióterv céljai között szerepel az iskolarendszerből a munka világába történő átlépés megkönnyítése, valamint annak megakadályozása, hogy a diákok idő előtt, képzettség megszerzése nélkül hagyják el az iskolát. Másrészt viszont az is problémát okoz, hogy a dán hallgatók többsége igen későn, átlagosan 28 éves kora körül szerzi meg a felsőoktatásban a diplomáját.

A dán Nemzeti Szociális Kutatóintézet elemzése azt mutatja, hogy a 18 és 60 év közötti hátrányos munkaerőpiaci helyzetű személyek 40 %-a dolgozik teljes munkaidőben. 1999 óta minden regionális munkaügyi központnál külön szakértőt alkalmaznak, akinek a feladata a hátrányos helyzetűek munkához segítése.

A dán kormány vállalkozásokat, főként a kis- és a középvállalatokat az adminisztratív terheik csökkentésével próbálja támogatni. A vállalkozást létrehozó személyeknek lehetőségük van arra, hogy szakembertől ingyenes tanácsot kérjenek a vállalkozás beindításával kapcsolatos kérdésekben.

Dániában mind a férfiak, mind a nők foglalkoztatási aránya igen magas és a két nem foglalkoztatási aránya közötti különbség is kisebb, mint a legtöbb európai országban. A következő táblázat ezt szemlélteti:

3. sz. táblázat

A férfiak és a nők foglalkoztatási aránya Dániában

	1993	1994	1995	1996	1997
16 és 66 év közötti férfiak foglalkoztatási aránya (%)	83,4	83,2	83,1	82,2	81,7
16 és 66 év közötti nők foglalkoztatási aránya (%)	75,7	75,6	74,5	73,2	72,9

Forrás: Denmark, National Action Plan for Employment 1999, Table 6.

²⁸ Investir dans la personne et l'emploi, Plan d'action belge 1999 établi dans le cadre des lignes directrices européennes pour l'emploi, p. 25–40.

²⁹ Az adatok az 1998-as év állapotát tükrözik.

A két nem foglalkoztatási aránya közötti viszonylag kis különbséget részben az okozza, hogy Dániában az oktatás színvonala igen magas, ráadásul a nők valamivel több időt töltenek az iskolarendszerben, mint a férfiak.³⁰

4. Egyesült Királyság

Az Egyesült Királyságban a munkanélküliség alacsonyabb az Európai Unió átlagánál, a foglalkoztatási arány pedig Dánia után itt a legmagasabb Európában, 1998-ban 71,4 % volt. 1998-ban a legtöbb munkahely a magánszférában jött létre, elsősorban a közgazdasági, biztosítási és pénzügyi szakmákban. Bár az országon belül a munkanélküliségben vannak különbségek, ezek kisebbek, mint a 80-as években. 1998-ban a legnagyobb munkanélküliség Merseysideben (11,5 %), a legkisebb pedig Londontól dél-keletre (3,8 %) volt.³¹

A munkanélküliség csökkenése ellenére egyre több fiatal keres állást, 1998 végén arányuk már elérte a 12,4 %-ot. A tartós munkanélküliség is súlyos problémát jelent, 1998-ban a munkanélküliek 28 %-a már legalább egy éve nem talált megfelelő munkát. Általános jelenség, hogy minél több ideig van valaki munka nélkül, annál nehezebb elhelyezkednie. Az Egyesült királyságban külön feladatot jelent a megfelelő munka biztosítása a bevándorlóknak. 1997-ben az aktív korú népesség 6,4 %-a, 2,2 millió személy valamilyen etnikai kisebbséghez tartozott. E személyek sokszor nem rendelkeznek megfelelő nyelvtudással, illetve képzettséggel, így sokkal nehezebben találnak munkát, mint a lakosság többi része. Különösen igaz ez a fiatalokra és a nőkre. Az Egyesült Királyságban már 1976-ban törvényt hoztak a diszkrimináció tilalmáról, és azóta is különböző programokkal próbálják az etnikai kisebbségekhez tartozó személyek munkába állását segíteni.³²

A Nemzetközi Munkaügyi Szervezet által 1999-ben végzett felmérés szerint az Európai Unión belül az Egyesült Királyságban a leghosszabb a munkaidő. Az Egyesült Királyságban hagyományosan kevésbé szabályozzák a munkaidőt törvényileg, mivel az az elterjedt nézet, hogy ezzel segítik a rugalmas munkaerőpiac kialakítását és fenntartását. Az elmúlt időkben az angol kormány politikája – főként a konzervatívok kormányzása alatt – egyáltalán nem vette figyelembe azt, hogy az Európai Unióban a legtöbb tagállamban törvényes eszközökkel is segítették a heti munkaidő csökkentését. A britek a törvényi szabályozás helyett a kollektív szerződéseken belüli munkaidő-megállapodásokat támogatják, mivel úgy gondolják, hogy valójában a szociális partnereknek kell azzal tisztában lenniük, hogy mi az, ami a feleknek kölcsönösen megfelelő. Az Európai Uniónak a munkaidőről szóló irányelve nem változtatott a meglévő brit gyakorlaton, bár arra számítani lehet, hogy az esetleges munkaidő-törvény megalkotása stabilizálja, vagy esetleg csökkenti a heti munkaidőt.³³

1997-ben az Egyesült Királyságban az aktív korú nők 5,3 %-a, míg az aktív korú férfiak 6,3 %-a volt munkanélküli. A nők foglalkoztatási aránya gyorsabban nő, mint a férfiaké, és egyre több nő válik vállalkozóvá. Ma már a brit vállalkozók egynegyede nő.

³⁰ Denmark, National Action Plan for Employment 1999, p. 13–47.

³¹ Plan d'Action du Royaume-Uni Sur l'Emploi 1999, p. 6–7.

³² Plan d'Action du Royaume-Uni Sur l'Emploi 1999, p. 32.

³³ A munkaidő szabályozása az Egyesült Királyságban és Hollandiában; ism.: RETTICH BÉLA, Munkaügyi Szemle 2000. július–augusztus, p. 91–92.

A lányok többsége az iskolaköteles kor betöltése után is folytatja tanulmányait, a felsőoktatásban pedig már több nő, tanul tovább, mint férfi. Jelenleg a diplomások több mint fele, 53 %-a, nő, és egyre több nő szerez diplomát valamely természettudományi területen. Az Egyesült Királyság Nemzeti Foglalkoztatási Akcióterve az európai uniós irányvonalaknak megfelelően a nők (és a férfiak) foglalkoztatási arányának növelését, a munka és a családi élet összeegyeztetésének segítését, valamint a szülés után a munka világába való visszatérés megkönnyítését tűzi ki célul.

5. Finnország

Finnországban mind a foglalkoztatási, mind a munkanélküliségi arány magasabb, mint az európai uniós átlag. 1998-ban a foglalkoztatási arány 65,1 %, a munkanélküliségi arány pedig 11,4 % volt. A Lipponen-kormány a 70 % körüli foglalkoztatási arány elérését tűzte ki célul. Ez a 80-as években már megvalósult, de a 90-es években a foglalkoztatási arány fokozatosan visszaesett.

1999 elején körülbelül 40.000 fiatal, 25 éven aluli finn volt munkanélküli, tartós munkanélküliként pedig 112 600 személyt tartottak nyilván. Míg a 25-29 évesek átlagosan 16 hét alatt találnak munkát, addig a 60–64 évesek sokkal nehezebb helyzetben vannak, ők átlagosan 128 hét alatt találnak munkát. 1997-ben megalkották a négy évre (1998–2002) szóló Nemzeti Foglalkoztatási Programot, mely negyven különböző foglalkoztatáspolitikai eszközt tartalmaz. Ezek közé tartozik a képzés is. Finnországban igen fejlett az iskolarendszer, a diákok többsége az iskolaköteles életkor betöltése után is folytatja tanulmányait. Itt már az egész életen át tartó tanulás is igen fejlett, a felnőtt munkavállalók fele évente egyszer 4–5 napos továbbképzésen vesz részt. A nagyvállalatoknál dolgozóknak nagyobb lehetőségük van arra, hogy képzésben vegyenek részt, ezért a finn kormány olyan programot próbál készíteni, mely ösztönzi a kis- és középvállalatokat arra, hogy munkavállalóikat továbbképzésben részesítsék. A felsőoktatásban tanulók száma is sokkal magasabb az európai uniós átlagnál. A diákoknak több mint fele tudja egyetemen vagy műszaki főiskolán tanulmányait folytatni.³⁴

Finnországban körülbelül 220.000 vállalat működik. A vállalkozók mintegy egyharmada nő. A 10 főt foglalkoztató vállalkozások a magánszféra munkahelyeinek egynegyedét adják. Ez nem éri el az Európai Unió átlagát. A finn kormány többek között az adminisztratív és pénzügyi terhek csökkentésével próbálja növelni a vállalkozókézséget. A vállalkozást létrehozóknak a vállalkozás beindításához anyagi segítséget is nyújtanak, ám ennek előfeltétele, hogy az adott személy már volt egyéni vállalkozó vagy pedig vállalkozói tanfolyamon vett részt. 1998-ban az új vállalkozások kevesebb, mint feléhez, körülbelül 5000 vállalkozás beindításához nyújtottak ilyen segítséget.

Finnországban a munkavállalók 65 %-a, a nők több mint háromnegyede, illetve a férfiak fele dolgozik a szolgáltatási szektorban. Bár a magánszférán belül a szolgáltatási szektorban dolgozók száma nem éri el az európai uniós átlagot, ez jelenleg változóban van. Az információs társadalom fejlődésével a jövőben valószínűleg megnő ezeknek a munkahelyeknek a száma. Finnországban található az egyik legfejlettebb információs társadalom. A finnek körülbelül kétharmada dolgozik számítógéppel a munkahelyén, a lakosság 60 %-ának van mobiltelefonja, és minden második ember

³⁴ Finland's National Action Plan for Employment 1999, In accordance with the EU's Employment Guidelines, May 1999, p. 12–26.

rendszeresen használja az Internetet. Finnország igen jelentős beruházásokkal segítette az informatika- fejlesztést, -kutatást, és képzést. Az országban a munkaerő igen drága, az adók magasak, ezért a jelenlegi kormány még kormányzási ideje alatt csökkenteni kívánja a munkával járó adóterheket.³⁵

Számos európai országtól eltérően Finnországban nincs jelentős különbség a nemek között a munkaidőben. A részmunkaidő nem nagyon elterjedt, bár az utóbbi években mind a nők, mind a férfiak között nőtt a részmunkaidőben dolgozók száma. A nemek között képzettségben sincsenek nagy különbségek. Tipikus finn jelenség, hogy a munkanélküli férfiak aránya magasabb, mint a nőké. Ezt részben azzal magyarázható, hogy a 90-es elején a gazdasági recesszió következtében elsősorban azokat a területeket érintette, ahol többségében férfiak dolgoznak. De itt is jellemző, főleg a magánszférában, hogy a férfiaknak a magasabb a munkabére.

A finn gyermekmegőrzési rendszert az előző fejezetben a bevált gyakorlatok körében már ismertettem. Itt csak annyit szeretnék hozzátenni, hogy Finnország egyike azon európai országoknak, ahol a legtöbb gyerek születik. Ez azt igazolja, hogy itt többé-kevésbé sikeresen oldják meg a családi élet és a munka összeegyeztetését.³⁶

6. Franciaország

Franciaországban a foglalkoztatási arány alacsonyabb, a munkanélküliség pedig magasabb az Európai Unió átlagánál. A fiatalkori munkanélküliség igen jelentős problémát jelent, főleg a fiatal lányok, valamint a képzetlen fiatalok találnak nehezen munkát. 1998-ban a fiatal fiúk 19 %-a és a fiatal lányok 25,9 %-a volt munka nélkül. Ugyanebben az évben a képzett fiatalok 19 %-a és a képzéssel nem rendelkező fiatalok 33 %-a nem talált munkát. Az uniós irányelveknek megfelelően Franciaország igyekszik képzés, átképzés, szakmai gyakorlat vagy a foglalkoztathatóság javítására alkalmas más eszköz biztosításával a fiatal és a felnőtt munkanélkülieknek újrakezdési lehetőséget biztosítani mielőtt azok elérnék a munkanélküliség 6., illetve 12. hónapját. Ezzel elérték, hogy a fiatalok 80,3 %-a a munkanélkülivé válást követő 6 hónapon belül, a felnőtteknek pedig 82 %-a a munkanélkülivé válást követő 12 hónapon belül talál munkát.

Az 1998. június 13-i francia törvény úgy rendelkezik, hogy a 20 főnél több munkavállalót foglalkoztató munkáltatónál 2000. január 1-i, a 20 vagy annál kevesebb főt foglalkoztató munkáltatónál pedig 2002. január 1-i hatállyal bevezetik a 35 órás heti munkaidőt. A munkaidő csökkentéséről szóló törvényt és a francia gyakorlatot az előző fejezetben a bevált gyakorlatok körében részletesen elemeztem.

Franciaországban is eltér a férfiak és a nők munkaerőpiaci helyzete. A határozott időre szóló munkaszerződés alapján, illetve a részmunkaidőben dolgozó munkavállalók többsége nő. A francia Foglalkoztatási Akcióterv az európai uniós irányvonalaknak megfelelően a nők foglalkoztatási arányának növelését, a munka és a családi élet ösz-

³⁵ Finland's National Action Plan for Employment 1999, In accordance with the EU's Employment Guidelines, May 1999, p. 31–43.

³⁶ Uo. p. 48–53.

szegegyeztetésének segítését, valamint a szünet után a munka világába való visszatérés megkönnyítését célozza.³⁷

7. Görögország

Görögországban a foglalkoztatási arány alacsonyabb, a munkanélküliség pedig magasabb az Európai Unió átlagánál. A munkanélküliség különösen a fiatalokat sújtja, a nyilvántartott munkanélkülieknek több mint fele 29 éven aluli, ezeknek 62 %-a nő. A 45–64 éveseknek viszont csak 4 %-a van állás nélkül, tehát Görögországban elsősorban a fiatalok munkanélkülisége a súlyos probléma.³⁸

A fiatalok munkanélkülisége elleni harc jegyében létrehozták a "Fiatalok az aktív életben" ("Young People in Active Life") elnevezésű programot. A program keretében a fiatalok szakemberrel konzultálhatnak és mielőtt még munkanélküliségük hetedik hónapjába lépnének, az alábbi két lehetőség közül választhatnak:

- 12–22 hónap szakmai gyakorlat, vagy
- 16–30 hónap önfoglalkoztatást segítő programban való részvétel.

A "Stage" Program az egyetemi diplomásoknak nyújt 30 éves korukig szakmai gyakorlati lehetőséget. A jövőben tervezik, hogy az ország különböző pontjain fiatal vállalkozóknak információs irodákat állítanak fel.

1997-ben a munkanélküliek 57 %-a már legalább egy éve nem talált munkát. Ezek kétharmada nő, egyharmaduk pedig férfi volt. A tartós munkanélküliség különösen Nyugat-Görögországban okoz súlyos problémát. A "Vissza a munkaerőpiacra" ("Back to Work")

Program keretében a felnőtt munkanélküliek szintén konzultálhatnak szakemberrel és választhatnak a 12–22 hónapos szakmai gyakorlatban, illetve a 16–30 hónapos önfoglalkoztatást segítő programban való részvétel között.³⁹

Görögországban igen magas az önfoglalkoztatók száma, az európai átlagnak több mint a kétszerese. Ezek 80%-a egyéni vállalkozó, akinek általában nincs fizetett alkalmazottja, ám a családtagok gyakran besegítenek a vállalkozásba. A görög vezetés igyekszik ösztönözni az önfoglalkoztatást. Ezért hozták például 1997-ben a Földművelési Minisztérium javaslatára a 2520. számú törvényt, mely adókedvezményt, hitellehetőséget és egyéb könnyítést biztosít a fiatal gazdálkodók számára.

Görögországban a szolgáltatási ágazat igen gyorsan fejlődik. A görög gazdasági fejlődés sajátossága, hogy a mezőgazdasági ágazatból egyenes út nyílt a szolgáltatási ágazat felé, szemben a legtöbb európai országgal, ahol a fejlődési sorrendben a két ágazat közé még az ipari szektor is beékelődött. A görög kormány tisztában van azzal, hogy a harmadik szektor képes arra, hogy jelentős számú új munkahelyet teremtsen. Leginkább a kulturális tevékenységek, a turizmus, a kommunikáció és az informatika területén remélik az új munkahelyek létrejöttét.⁴⁰

A görög nők, különösen a fiatalok nagy hátránnyal indulnak a munkaerőpiacon. A nők között magasabb a munkanélküliség, mint a férfiak között, kevesebb az átlagos

³⁷ Plan national d'action pour l'emploi pour 1999 et bilan du plan 1998, France. La documentation française, Paris, 1999.

³⁸ Az adatok az 1997-es évre vonatkoznak.

³⁹ Greece, National Action Plan for Employment 1999, p. 6–11.

⁴⁰ Greece, National Action Plan for Employment 1999, p. 27–36.

munkabérük és a karrierjük szempontjából is hátrányban vannak a férfiakkal szemben. A nemek helyzete közötti különbség még a magasan képzett személyeknél is érezhető. Több olyan program van, mely a nők vállalkozóvá válását segíti elő, ezen kívül különböző gyermekfelügyeleti szolgáltatásokkal próbálják megkönnyíteni a nők munkába állását.

8. Hollandia

Az Európai Unión belül Luxemburg után Hollandiában a legalacsonyabb a munkanélküliség (4,0 %), de a foglalkoztatási arány (68,3) is kedvezőbb az uniós átlagnál. Az ország jelentős összegeket fordít a foglalkoztatáspolitikára. A munkahelyet keresők körülbelül felének lehetősége van arra, hogy valamilyen képzésben részt vegyen. A holland kormány által 1998-ban "A 21. század adói" ("Belastingen in de 21e eeuw, een verkenning") címmel kiadott jelentés szerint a kormány a jövőben csökkenti a munkával járó adóterheket.

Hollandiában a környező országokhoz képest nagyon alacsony az idősebb emberek foglalkoztatási aránya. Ez az arány az egész Európai Uniót vizsgálva is alacsonynak mondható. Az alábbi táblázat ezt szemlélteti:⁴¹

4. sz. táblázat

Az idősebb személyek foglalkoztatási aránya Hollandiában és az Európai Unióban

	Az 55–64 évesek foglalkoztatási ará- nya (%)	Az 55–64 éves férfiak foglalkoztatási aránya (%)	Az 55–64 éves nők foglalkoztatási aránya (%)
Hollandia	31,4	43	19,9
Európai Unió	36,3	47	26,1

Forrás: National Employment Action Plan 1999, The Netherlands, p.19.

Ezért különösen fontos Hollandiában az egész életen át tartó tanulás ösztönzése, mely növelheti az idősebb emberek foglalkoztathatóságát. 1998 júniusában a szociális partnerek kiadták "Az egész életen át tartó tanulás és a munka" című dokumentumot. A szociális partnerek úgy vélik, hogy szükség van a kormány anyagi támogatására a képzések biztosításához. A szociális partnerek és a kormány ugyanebben az évben megállapodást kötöttek, melyben kijelentik, hogy a felek ösztönzik a képzési lehetőségeket.⁴²

Hollandiában a kis- és középvállalatokra nagyon nagy adóterhek hárulnak. A kormány tervei szerint a jövőben 15 %-kal csökkentik ezeket a terheket. A holland Foglalkoztatási Akcióterv igen nagy jelentőséget tulajdonít a harmadik szektor munkahelyteremtő képességének és bár e szektor uniós viszonylatban is fejlett, a holland foglalkoztatáspolitikai egyik célja a munkahelyek számának növelése a szolgáltatásban.

⁴¹ Az adatok az 1997-es állapotot tükrözik.

⁴² National Employment Action Plan 1999, The Netherlands, p. 9–24.

Hollandiában a munkaidő törvényes csökkentését már a 80-as években a munkanélküliség mérséklése egyik eszközének tekintették. Az 1996-os munkaidőről szóló törvény a napi munkaidőt kilenc, a heti munkaidőt pedig negyvenöt órában maximalta. Az azóta hozott intézkedés szerint jelenleg legfeljebb negyven óra a heti munkaidő, ám kollektív szerződésben a felek ettől eltérően heti 38, illetve 36 órában is megállapodhatnak.

A nők a férfiaknál Hollandiában is kevésbé vannak jelen a munkaerőpiacon. Az országra jellemző, hogy sok nő részmunkaidőben dolgozik. A holland foglalkoztatáspolitikai fontos része a nők arányának növelése a munkaerőpiacon.

9. Írország

Az utóbbi pár évben Írország igen jelentős gazdasági fejlődésen ment át és ez a foglalkoztatásban is érezhető. 1998-ra a munkanélküliek aránya 7,8 %-ra csökkent (1994-ben ez az arány még 14,3 % volt!), mely már alacsonyabb, mint az uniós átlag. A foglalkoztatás is nőtt, 1998-ban a lakosság 60,5 %-a dolgozott, mely már majdnem eléri az Európai Unió átlagát. A növekvő munkahelyteremtés főként a harmadik szektor fejlődésének köszönhető.

1998-ban Írország beindította a fiatalok munkanélküliség elleni programot, melynek célja, hogy a fiatal munkanélkülieknek a munkanélkülivé válást követő hat hónapon belül valamilyen képzést, újrakezdési lehetőséget biztosítsanak. 1999. májusában a tartós munkanélküliség elleni program első felét is beindították. A cél az előbb említett programéhoz hasonló, azzal a különbséggel, hogy a határidő itt 12 hónap, 2000 második felétől pedig 9 hónap. E program célcsoportja a 25-34 év közötti felnőttek.

Írországban a vállalkozások támogatása a vállalatokra nehezedő pénzügyi és adminisztrációs terhek csökkentésén alapszik. A kis- és középvállalatok segítésére 1998-ban létrehozták az Ír Vállalkozási Irodát (Enterprise Ireland). 1998-ban kibocsátották az "Alapítson saját vállalkozást" ("Start Your Own Business") című kiadványt, mely a vállalkozó kedvűeknek hasznos tanácsokat tartalmaz. A kiadvány az Interneten is megtalálható.⁴³ 1999 januárjában ennek folytatásaként "Hogyan finanszírozzuk vállalkozásunkat" ("How to finance your business") címmel újabb kiadványt jelentettek meg.

Írországban a férfiak és a nők foglalkoztatási aránya közötti különbség igen nagy, 26 százalékpont. Igaz, hogy az utóbbi években nőtt a nők munkaerőpiaci szerepe, 1993-ban még egynegyeddel kevesebb nő dolgozott, mint 1998-ban. Európán belül az anyáknak Írországban van a legkevesebb lehetőségük arra, hogy gyermeküket bölcsődébe, vagy egyéb gyermekfelügyeleti intézménybe helyezték el és munkába álljanak. Az ír szakértők most olyan program elkészítésén dolgoznak, mely javíthat ezen a helyzeten.⁴⁴

10. Luxemburg

Az Európai Unión belül itt a legkisebb a munkanélküliség (1998-ban 2,5 %), a foglalkoztatási arány viszont nem éri el az uniós átlagot (1998-ban 58,6 %). Az ország földrajzi adottságából következően a munkavállalók közül sokuknak valamelyik szom-

⁴³ www.irlgov.ie/entemp.

⁴⁴ Ireland, Employment Action Plan 1999.

szedős országban van az állandó lakhelye, köztük is 52 %-nak Franciaországban, 30 %-nak Belgiumban, 18 %-nak pedig Németországban.

Luxemburgban a szociális partnereknek jelentős szerepük van a foglalkoztatáspolitikai alakításában. Minden kollektív vitának kötelezően érintenie kell a foglalkoztatás kérdését, a vita eredményét pedig rögzíteni kell a kollektív szerződésekből. Ebben az értelemben a foglalkoztatás kérdéskörébe tartoznak a képzésekben, szakmai gyakorlatokban való részvételi lehetőségek; a munkaerőpiaci szervezet kérdései (a munkaidő csökkentése, túlóra, részmunkaidő); a nemek egyenlő munkaerőpiaci esélyei valamint a foglalkoztatás növelésére és a munkanélküliség csökkentésére alkalmas egyéb eszközök.

Luxemburgban is különbözik a nők és a férfiak munkaerőpiaci helyzete. A nők közül sokkal többen dolgoznak részmunkaidőben, illetve a kevésbé megfizetett munkahelyeken. Az 1999. február 12-én hozott törvény arra kötelezi a vállalatokat, hogy a megszakítás után a munkába visszatérni szándékozók számára lehetőséget biztosítsanak arra, hogy részt vegyenek a képzésekben. Ez a rendelkezés nagy segítséget jelent azoknak a nőknek, akik gyermekük születése után vissza akarnak térni a munkába.

11. Németország

Németországban 1998-ban a jelenlegi kormány megnövelte az aktív foglalkoztatási eszközök támogatását. Németország már 1988-ban Görögországgal, 1991-ben Spanyolországgal, 1992-ben Olaszországgal, 1993-ban Törökországgal és 1994-ben Portugáliával kétoldalú egyezményeket kötött, melynek alapján a felsorolt országok Németországban élő fiatal állampolgárainak joguk van szakképzés formájában az iskolából a munkába történő átlépésük támogatására. A rendes iskolai szakképzésen felül ezek a diákok néhány tantárgyat anyanyelvükön tanulhatnak és a képzés gyakorlati részét az anyaországban is letölthetik.

Németországban a kis- és középvállalatok 20 millió személynek biztosítanak munkát. A német kormány a jövőbe középtávon csökkenteni kívánja a kis- és középvállalatokra nehezedő adóterheket.

A legtöbb új munkahely itt is a szolgáltatási szektorban jön létre. Becslések szerint az utóbbi időben mintegy 50.000 munkahelyet teremtettek a telekommunikáció területén, ezek majdnem felét a mobiltelefonokkal összefüggésben. A "Nők a Neten" elnevezésű program a nőknek az információs társadalomban való nagyobb számú részvételét célozza.⁴⁵

1998-ban a nőknek 10,2 %-a volt munkanélküli. A férfiak és a nők munkanélküliségi aránya közti különbség az ország keleti részén nagyobb, de az utóbbi időben valamelyest csökkent. Németországban több olyan program létezik, mely a nők munkaerőpiaci helyzetén kíván javítani. Ilyenek például a "Nők és a munka", "Nők és a családbarát munkahely 2000" elnevezésű programok.

⁴⁵ Federal Republic of Germany, Employment Action Plan 1999, p. 50.

12. *Olaszország*

Olaszországban, főként Dél-Olaszországban igen magas a munkanélküliség (1998-ban 12,2 %), a foglalkoztatási arány (1998-ban 51,7 %) pedig jóval az uniós átlag alatt van. Minden öt munkanélküliből három, illetve minden három tartós munkanélküliből kettő délen él. Különösen súlyos problémát jelent a fiataloké, a nők és az idősebbek munkanélkülisége.

A hatvanas évekig az olasz iskolarendszer nem volt elég fejlett. Ez manapság is érezhető, mivel az idősebb generációknál sokszor gondot okoz a szakképzettség hiánya. 1998-ban az 55–64 évesek 60,3 %-ának csak alapfokú iskolai végzettsége volt. Természetesen ezeknek az embereknek a foglalkoztathatósága alacsonyabb, mint képzett társaiké.

Olaszországban a kis- és a középvállalatokra igen nagy pénzügyi és adminisztrációs teher hárul. Az előző fejezetben a bevált gyakorlatok körében már szóltam az InvestiaCatania programról, mely a vállalatoknak Dél-Olaszországban az adminisztrációs eljárás egyszerűsítését biztosítja.

Olaszországban európai viszonylatba a nők foglalkoztatása alacsony és a területi különbségek itt is éreztetik hatásukat. A nőket sokkal gyakrabban alkalmazzák atipikus munka keretében, valamint a kevésbé fizető munkákra. Különösen igaz ez délen, ahol a nők nagy része a textiliparban, a ruhaiparban, valamint a cipőiparban dolgozik. A nők foglalkoztatásával kapcsolatos legfontosabb rendelkezéseket a 125/1991. számú törvényben foglalmazták meg. Lényeges még a 215/1992. számú törvény, mely a nők vállalkozásait hivatott támogatni.

13. *Portugália*

Portugáliában a foglalkoztatás magasabb az európai átlagnál, a munkanélküliség pedig alacsonyabb. 1998-ban a foglalkoztatási arány 68,9 %, a munkanélküliség 5,1 % volt. A nők foglalkoztatási aránya (60 %) Európában az egyik legmagasabb. Az idősebbek nagy része is rendelkezik munkahellyel. E kedvező helyzet ellenére Portugáliának is számos problémával kell szembenéznie, például azzal, hogy a munkavállalóknak, különösen a középkorúaknak és az idősebbeknek alacsony a képzettségük.

A fiatalok munkanélkülisége megelőzése érdekében Portugáliában 1998 júliusában beindították az "Inserjovem" elnevezésű programot, mely próbaképpen Portugália Egy részén a fiatal munkanélkülieknek újrakezdési lehetőséget biztosít a munkanélkülivé válást követő hat hónapon belül. A próba igen kedvező eredményeket hozott. A másik próbálkozás, mellyel szintén pozitív hatást értek el, a Portugáliában különösen magas tartós munkanélküliség ellen veszi fel a harcot. A programban részt vevő területeken a munkanélkülieknek a munkanélkülivé válást követő 12 hónapon belül újrakezdési lehetőséget biztosítanak. 1998-ban e két programot még csak az ország egyharmadában alkalmazták, ám a sikereken felbuzdulva egy évvel később kiterjesztették Portugália kétharmadára.

Portugáliának egyik korábbi célja az volt, hogy csökkentsék az új vállalkozások bejegyzéséhez szükséges időt. Ezt sikerült elérni, ma már csak 20 napot kell várni a bejegyzésre.

14. Spanyolország

Az Európai Unión belül Spanyolországban a legmagasabb a munkanélküliség (1998-ban 18,8 %), a foglalkoztatási arány pedig itt a legalacsonyabb (1998-ban 50,2 %). A fiatalok és a nők munkanélküliségi aránya kétszer annyi, mint az Európai Unió átlaga és a tartós munkanélküliség is itt a legmagasabb. További hátrányt jelent az, hogy magas az átmeneti, időszaki munkák aránya.

A spanyol kormány felismerte a kis- és középvállalkozások jelentős szerepét a munkahelyteremtésben. A vállalkozásoknak elsősorban pénzületi támogatást nyújtanak. A kis- és középvállalkozások társadalmi hozzájárulásait csökkentették, az önfoglalkoztatóknak pedig támogatást biztosítanak abban az esetben, ha az első munkavállalójukat kívánják alkalmazni. Az új vállalkozások létrehozását információs központok segítik.

1998. november 13-án a szociális partnerek és a Munkaügyi és Szociális Minisztérium megállapodást kötöttek a részmunkaidőről azzal a céllal, hogy emeljék a részmunkaidőben dolgozók arányát, amely Spanyolországban elég alacsony.

Spanyolországban nagyon alacsony a nők foglalkoztatási aránya. A "Nulla költség" elnevezésű program keretében a szülői szabadságon lévőket helyettesítő nők és fogyatékosok után a munkáltatók csökkentett mértékű társadalombiztosítási hozzájárulást fizetnek.

15. Svédország

Svédországban a munkanélküliség alacsonyabb (1998-ban 8,3 %), a foglalkoztatási arány pedig jóval magasabb volt az európai átlagnál (1998-ban 70,3 %).

A svéd Foglalkoztatási Akcióterv hangsúlyozza az oktatásnak a foglalkoztatásban betöltött szerepét. A felnőttoktatás jegyében a "Kunskaps-lyftet" program keretében körülbelül 100.000 fő - elsősorban olyan munkanélküliek, akik csak elemi képzéssel rendelkeznek – folytathatja tanulmányait.

Svédországban a munkaerőpiaci szempontból hátrányos helyzetű személyek komoly támogatást kapnak ahhoz, hogy munkába állhassanak. Svédországnak ezen politikáját az előző fejezetben a bevált gyakorlatok körében ismertettem.

A svéd törvények értelmében a szülőknek gyermekük 12 éves koráig joguk van részmunkaidőben dolgozni. Ez is mutatja, hogy a svéd politika támogatja a családi élet és a munka összeegyeztetését. Az egyenlő esélyekről szóló törvény alapján minden legalább tíz főt foglalkoztató munkavállaló éves tervben köteles rögzíteni az egyenlő esélyeket elősegítő szabályozását. E tervnek konkrét eszközöket és mérhető célokat kell tartalmaznia. Ilyen eszköz lehet például az, ha a szülői szabadságon lévő személyt rendszeresen értesítik arról, hogy a távolléte alatt mi történik a munkahelyén vagy a férfiak és a nők munkabére közti különbség felülvizsgálata. Az egyenlő esélyek ombudsmanjának tapasztalatai szerint a munkáltatók éves terveinek általában két területen vannak hiányosságai: egyrészt nem említik a szexuális zaklatás esetét, másrészt a munkabérek közti különbségekről sem szólnak.

Összefoglalva megállapítható, hogy az irányvonalak megalkotása előrelépést jelentett az Európai Unió foglalkoztatáspolitikájában. Mindegyik tagállam az elmúlt évben már másodsorra elkészítette Nemzeti Foglalkoztatási Akciótervét, melyben többek között igyekeztek az irányvonalaknak megfelelő nemzeti foglalkoztatáspolitikát körvonalazni. Öröndetes tény, hogy a tagállamoknak az akciótervek kidolgozásába sikerült bevonni a szociális partnereket. Az akcióterveket minden esetben a kormány fogadta el. A tervekben kitűnik, hogy minden állam elsődlegesnek tartja az aktív foglalkoztatáspolitikai eszközöket, különösen az oktatás és a szakképzés fontosságát hangsúlyozzák. A tagállamok tisztában vannak vele, hogy felül kell vizsgálniuk adózási rendszerüket ahhoz, hogy a foglalkoztatást és a vállalkozások létrehozását jobban ösztönözzék. Általánosan elmondható, hogy a tagállamok sokkal részletesebben foglalkoznak az első két pillérrel, azaz a foglalkoztathatóság javításával és a vállalkozóképeség növelésével. Ezen politikák kidolgozása és végrehajtása kevesebb időt igényel, míg a harmadik és a negyedik pillér végrehajtása – az alkalmazkodóképesség növelése és a nemek munkaerőpiaci egyenlősége – több időbe telik. A Bizottság kifogásolta, hogy az egységes statisztikai mutatók hiányában nehéz reálisan értékelni a tagállamok eredményeit. Igen jó módszernek tartom a bevált gyakorlatok ismertetését, ám sajnos némelyik akcióterv nem tér ki részletesen e gyakorlatokra, vagy csak felsorolást tartalmaz.

Az európai foglalkoztatáspolitikát áttanulmányozva arra a következtetésre juthatunk, hogy a magyar szabályozás, különösen az első két pillér esetében nem tér el gyökeresen az uniós politikától. A továbbiakban azzal kívánok foglalkozni, hogy az Európai Unió foglalkoztatáspolitikáját áttekintve Magyarországon milyen megoldások vehetők át, illetve azok milyen módosításokkal alkalmazhatók a magyar viszonyokra.

Felhasznált irodalom

- A munkaidő szabályozása az Egyesült Királyságban és Hollandiában, ism.: RETTICH BÉLA, *Munkaügyi Szemle* 2000. július-augusztus, p. 91–92.
- Action Plan for Employment, Italy, 1999.
- De quoi s'agit-il: Le sommet européen sur l'emploi
<http://europa.eu.int/comm/dg05/elm/summit/fr/what/what.htm>.
- Denmark, National Action Plan for Employment 1999.
- Dossier Emploi, volet II: la Commission adopte les lignes directrices pour l'emploi de l'an 2000, IP/99/660, Bruxelles, le 8 septembre 1999.
- FARKAS ORSOLYA: *Az Európai Unió szociális joga és szociálpolitikája*. JATEPress-Grimm Kiadó, 1998.
- Federal Republic of Germany, Employment Action Plan 1999.
- Finland's National Action Plan for Employment 1999, In accordance with the EU's Employment Guidelines, May 1999.
- Greece, National Action Plan for Employment 1999.

- GYULAVÁRI TAMÁS – KÖNCZEI GYÖRGY: *Európai szociális jog*. Osiris Kiadó, Budapest, 2000.
- Implementation Report for 1999 on the National Action plan For Employment, Austria.
- Investir dans la personne et l'emploi, Plan d'action belge 1999 établi dans le cadre des lignes directrices européennes pour l'emploi.
- Ireland, Employment Action Plan 1999.
- La stratégie européenne pour l'emploi, <http://www.europa.eu.int/>.
- Le Traité d'Amsterdam, http://europa.eu.int/comm/dg05/empl&esf/amst_fr.htm.
- Les entreprises en Europe, projet de PME, Eurostat 1996.
- NAGY KATALIN: *Foglalkoztatáspolitikai*. Az Európai Unió szociális dimenziója. Kézíkönyv, 2000.
- National Action Plan 1999, Portugal, National Implementation Report .
- National Employment Action Plan 1999, The Netherlands.
- Plan d'Action du Royaume-Uni Sur l'Emploi 1999.
- Plan d'Action National pour l'Emploi, Grand-Duché de Luxembourg, Rapport National 1999.
- Plan d'Action pour l'Emploi du Royaume d'Espagne 1999.
- Plan national d'action pour l'emploi pour 1999 et bilan du plan 1998, France, La documentation française, Paris, 1999.
- Proposition de décision du Conseil sur les lignes directrices pour les politiques de l'emploi des Etats membres en 2001, Commission des Communautés Européennes, Bruxelles 2000.
- Rapport Conjoint sur l'emploi 1999.
- Rapport conjoint sur l'emploi 2000.
- http://europa.eu.int/comm/employment_social/empl&esf/Emplpack/Fr/jointreport_fr.pdf.
- Rapport d'information sur la stratégie européenne en faveur de l'emploi, Assemblée Nationale, le 5 novembre 1998.
- Rapport sur la communication de la Commission intitulée Proposition de ligne directrices pour les politiques de l'emploi des États membres pour 1999, Parlement Européen, Documents de séance, le 11 novembre 1998.
- Sweden's Action Plan for Employment, May.

EMESE MOLNÁR

EMPLOYMENT POLICY IN THE EUROPEAN UNION

(Summary)

Unemployment is a big problem in the European Union and all the world over. The Treaty of Amsterdam approved at the European Council meeting in June 1997, has a new Employment Title. In this Treaty employment is considered for the first time as a common concern in the European Union. According to the Treaty of Amsterdam a number of quantifiable targets must be introduced to which the Member States will commit themselves to achieve through both individual and concerted action. These targets are the so-called Employment Policy Guidelines.

The Member States should incorporate the Employment Policy Guidelines into the national action plans and report to the Commission on their implementation. The guidelines are adopted by the Council on a proposal from the Commission. They define four main strategic priorities (pillars) to concentrate on: employability, entrepreneurship, adaptability and equal opportunities.

Employability is the people's capacity to be employed. The first of the four pillars focuses on this and on tackling the skills gap. Skill development and lifelong learning are the key objectives. The particular emphasis in this part of the Guidelines on ensuring that young people and the unemployed (particularly long-term unemployed) are equipped to take advantage of new employment opportunities in the fast-changing labour-market. The Member States should encourage the transition from passive measures to active measures, they should review their benefit and tax system and ease the transition from school to work. The last point in the pillar of employability is promoting a labour market open to all.

The second of the Guidelines' four pillars derives from recognition that the creation of more and better jobs requires a dynamic and enterprising climate. The development of new enterprises, and the growth of small and medium-sized enterprises is essential for job creation and for the expansion of training opportunities for young people.

There is a need for greater adaptability on the part of businesses, but also on the part of workforce. The third pillar focuses on the adaptability of enterprises and workers to changing technology and markets. It recognises that a balance must be struck between the need of businesses for flexibility, and the needs of employees for security and employability.

The fourth pillar is about the equal opportunities for women and men. Women still have particular problems in gaining access to the employment market. For women is very difficult reconciling work and family life. There must be an adequate provision of good quality care for children in order to support women's and men's entry and continued participation in the labour market. Those returning to the labour market after an absence may have outmoded skills and experience difficulty gaining access to training. The Member States must gradually eliminate the obstacle of such return.

NAGY ZSOLT

A kirendelt védelem intézményének jogszociológiai vizsgálata

A büntetőeljárásban – a kontinentális és angolszász jogrendszerekben egyaránt – a terheltnek védelmében általában jogi képviselők lépnek fel. Ez a történelemben nem volt mindig így. Az eljárásban a védő fellépésének szükségessége az idők folyamán alakult ki, fokozatosan vált a büntetőeljárás részévé, ezzel biztosítva a vádlott részére a megfelelő védelmet és az esélyegyenlőséget a büntetőhatóságokkal szemben. Az eljárási rendszer fejlődésével lassan körvonalazódott azon ügyek köre, melyekben a védő nélkülözhetetlenné vált. Ezekben az esetekben törvényi szabályozással kötelezővé tették védő részvételét, ha pedig a terhelt nem tudott védelmére ügyvédet megbízni a hatóság gondoskodott róla, vagyis védőt rendeltek ki számára.

Ha közelebbről megvizsgáljuk a különböző országok eljárási rendszereit, korántsem egyértelmű a védelem tényleges hatékonysága, ami nem kizárólag az eljáró ügyvédeknek múlik, hanem a törvényben szabályozott eljárás menetén is.

Ennek megfelelően a tanulmány a magyar büntetőeljárásban részt vevő védő, jogi képviselő szerepvállalásával, annak minőségével, hatékonyságával foglalkozik. A témán belül kiemelkedő jelentőséget kap a büntetőeljárási törvény szerint a terhelt (gyanúsított, vádlott) részére kirendelt védő.

Összehasonlító elemzések alapján választ próbálunk találni arra a kérdésre, vajon van-e minőségi különbség a kirendelt védő és a meghatalmazott védő szerepvállalása között, és ha van, akkor a különbség mire terjed ki, és esetlegesen mivel lehet kiküszöbölni. A büntetőeljárási védelmet biztosító jogszabályok hogyan valósulnak meg a gyakorlatban, és az esetleges problémákon milyen módon lehet segíteni.

Elsődlegesen a védő (ezen belül a kirendelt védő) eljárásban való részvételét elméleti szempontból, és gyakorlati oldalról tekintjük át. Ezután egy rövid történeti áttekintés, és a hatályos szabályok ismertetése következik. Ehhez szervesen kapcsolódik a kérdőívek alapján végzett kutatás nyomán felmerült gyakorlati problémák, illetve ezek megoldási lehetőségeinek vizsgálata.¹

¹ A József Attila Tudományegyetem Állam- és jogtudományi Karának Jogbölcseleti- és Jogszociológiai Tan-
széke kérdőívek segítségével 1998 szeptemberében felmérést végzett a kirendelt védők tevékenységével kapcsola-
latban. A felmérés kiterjedt a Szegedi Városi Bíróság összes helyi büntetőbírájára, a Szegedi Városi Ügyészség
ügyészeire, illetve Csongrád Megyei Ügyvédi Kamaránál bejegyzett Szeged ügyvédi irodával rendelkező ügyvé-
dek 1/4-re (124 ügyvédre). Ennek megfelelően a tanulmányban szereplő százalékos adatok a reprezentativitás
standard hibájára tekintettel kerültek ismertetésre.

A büntetőeljárás védelem szükségessége

Egyértelmű tény, hogy az eljárás alá vont elkövető hathatós segítség nélkül egyenlőtlen helyzetben van a hatóságokkal szemben. Az egyik oldalon egy személyben a terhelt áll, aki feltehetően nem ismeri sem a jogait, sem az eljárás menetét. A másik oldalon minden esetben egy egész szervezet – így a nyomozati szakban a rendőrség, az ügyészi – illetve bírói szakban, pedig az ügyészség lép fel – mely utóbbira ez a büntetőtárgyalások esetében csak közvetve igaz.

Nézzük meg közelebbről azokat az elvi okokat, elveket, melyek feltétlenül szükségessé teszik az ügyvéd részvételét.

1. Az esélyegyenlőség²

Az ügyészséggel, nyomozó hatóságokkal, mint az állami szervekkel szemben a vádlott áll egy személyben. Az előbbi tökéletesen ismeri a vonatkozó jogszabályokat, teljesen tisztában van jogaival, lehetőségeivel, az utóbbi ezzel ellentétben mindezeket általában nem látja át. Következésképpen az így kiszolgáltatottá vált elkövetőnek megfelelő segítséget kell nyújtani a védelmi stratégia tekintetében, vagyis egy jogismerő személy tanácsára, közreműködésére van szükség. Ilyen személy lehet az ügyvéd, akinek támogatásával hasonló eséllyel indulhat a terhelt harcba ártatlanságának, vagy felelősségét enyhítő körülményeinek bizonyításáért.

2. A méltányos eljárás biztosítása³

Büntetőeljárás jogunk szabályokat tartalmaz arra vonatkozóan, hogy a terhelt ne legyen kitéve az állam (állami jogszolgáltatási szervezetek) önkényének. Így a hatóságoknak, különösen a bíróságnak ne legyen teljesen szabad keze az eljárás vezetésében, illetve az elkövető aktív részese lehessen az eljárásnak. (Ilyen szabálynak tekinthető például az észrevételezési jog, kérdésfeltevés joga, az utolsó szó joga stb.) Ide tartozik a védő részvétele is. A terhelt szabadon választhat védőt, Ő határozza meg azt, hogy választ-e védőt, és ha igen, kit.

3. Az objektív igazság felderítésének biztosítása⁴

A nyomozó szervek, illetve vádhatóságok mindent megtesznek a feltételezett elkövető bűnösségének bebizonyításáért. A történelmi tapasztalatok és a társadalmi gyakor-

² MANFRED HAHN: *Die notwendige Verteidigung im Strafverfahren*. 1975, 32–33. p. Elmélete az esélyegyenlőséget pozitív oldalról közelíti meg. Kiemeli, hogy a védő „matematikai és logikai egyenlőséget” biztosít, és „védő részvétele nélkül igazságos eljárás elképzelhetetlen”.

³ Hahn szerint a védelem intézménye nem más, mint a terhelt részvételi jogainak kiszélesítése. A terheltnek és a védőnek ugyanolyan jogai vannak, tehát az ügyvéd jogi szaktudása folytán jobban ki tudja használni eljárási jogosítványait a vádlott érdekében. MANFRED HAHN: i. m. 36–37. .

⁴ KIRÁLY TIBOR: *A védelem és a védő a büntetőügyekben* (1962, Bp.) című munkájában az objektív igazság felderítésének biztosítékeként a védő részvételét kizárólag a kontradiktórius eljárás keretében képzelte el. Álláspontja szerint az inkvizitórius eljárási forma visszaélésekre adhat okot. 121–122. p. Ellenkező véleményt lásd JEROMY FRANK: *Courts on trial*. 1949, Princeton, New Jersey VI. fejezet The „fight” theory versus the „truth” theory.

lat alapján megállapítható, hogy a bíróságok – bármennyire pártatlanok is – nem képesek ezt önmagukban ellensúlyozni.

Ebből egyenesen következik, hogy az az eljárási forma, amelyben a vádlott szabadon védekezhet, feltehetően megóv a visszaélésektől, ártatlanok elítélésétől. Természetesen ez nem az egyetlen és tökéletes eszköz, de mindenféleképpen egy a garanciák közül, mely alkalmas az objektivitás fenntartására.

4. A szabadságjogok megóvása⁵

A történelem folyamán amikor a különböző államokban az abszolút uralom ellen a szabadságjogokért küzdöttek megfigyelhető volt, hogy a védelem szabadsága, a védelemhez való jog mindig fő követelésként szerepelt. A védelem joga azért része a szabadságjogoknak, mivel a büntető eljárásban benne rejlik a veszély, hogy azt az éppen hatalmon lévők hatalmuk megtartására, vagy megszilárdítására használják fel.

A legkönnyebb módszer a törvényesség látszatát keltve, a hatalom ellenfeleit ilyen módon észrevétlenül kiiktatni.

Ez persze nem jelenti azt, hogy a büntetőeljárásban részt vevő védő teljesen ki tudja ezt küszöbölni, (például az 50-es évek koholt pereiben mindig részt vett védő is a tárgyalásokon) de mindenféleképpen ezt a célt szolgálja.⁶

Mindezek után nézzük meg a gyakorlat oldaláról, miért nélkülözhetetlen a védő részvétele az eljárásban:

A bűnüldöző hatóság a terhelt ellen megfelelő logika szerint felsorakoztatja a meggyőző gyanúokat. A bíró, legyen az bármilyen jóhiszemű, amennyiben nem tudnak ugyanilyen, vagy megközelítően logikus bizonyítékokat a védelmi oldalról felsorakoztatni, semmi olyat nem fog találni, ami alapján felmenthetné a vádlottat.

Márpedig szakszerű védelem nélkül aligha képzelhető el a meggyőző védekező érvek felállítása.

A védelem fontossága mellett érvelők szerint a védő akkor sem felesleges, ha valóban bűnös ember ellen folyik az eljárás, mert lehetnek okok, körülmények, melyek a felelősségét csökkentik, megmagyarázzák az elkövetés menthető motivumait. Ezeket leginkább a védő tárhatja fel, hiszen ő ismeri azokat a jog szempontjából releváns tényeket, melyeket fel lehet használni a bűnösség fokának enyhítésére (pl.: jogos védelem, kóros elmeállapot stb.). Vagyis „ha az ördög állna a bíróság előtt szüksége lenne védelemre, mert az ördögnél is a beszámíthatóságot vizsgálni kell”.⁷

Különösen indokolt a védelem, amennyiben a terhelt fogva van. Hosszú ideig zárva tartott gyanúsított, aki ritkán érintkezik a külvilággal, és akkor is legfeljebb a kihallgató hatóságokkal, könnyen juthat olyan lelki állapotba, hogy bármit beismer. Ráadásul a bezárt gyanúsított érthető okok miatt nehezen tud bármilyen mentő, illetve ártatlanságát bizonyító körülményt felkutatni. Ha azonban megfelelően biztosítják a védővel való

⁵ A büntetőeljárás saját kényszerrendszere – anyagi jogi következmények nélkül is – már önmagában korlátozhatja az emberi szabadságot. KIRÁLY TIBOR: i. m. 127. p.

⁶ A védelemhez, illetve a kirendelt védőhöz való jog a jogállamiság alapköve. MANFRED HAHN: i. m. 32. p.

⁷ KIRÁLY TIBOR: i. m. 124. p. Középkori egyházjogász védelemre vonatkozó fejtegetése. Az ördög bűnössége teljes joggal, kétséget kizáróan hihető, mégis lehetnek felelősségét enyhítő körülmények, melyek feltárása védő nélkül nem lehetséges.

érintkezés jogát, akkor elvileg semmi akadálya nincs, hogy minden körülményt az eljáró hatóságok elé tárjanak a terhelt és az igazság teljes felderítése érdekében.

Végül a védő egyfajta biztosíték szerepét is betölti az eljárásban, mivel a bíró sem tévedhetetlen, esetlegesen észlelheti az eljárási, vagy anyagi jogi hibákat, és észrevételeivel kiküszöbölheti azokat.

Miért szükséges a kirendelt védő?

Az előbbieken kifejtett elvek teszik általános értelemben szükségessé az ügyvéd részvételét a büntetőügyekben.

Mi történik viszont akkor, ha a terhelt nem tud, nem képes (anyagi helyzete nem teszi ezt lehetővé), vagy éppen nem akar védőt fogadni? Az ilyen esetek megoldására vezették be a kirendelt védő intézményét, melyet egyes szerzők ún. *gondoskodási kötelezettségnek* neveznek.⁸ Nézzük meg közelebbről, pontosabban mit is takar ez.

Normális esetben, ha valaki ellen büntetőeljárást kezdeményeznek, ártatlansága bizonyítására, vagy mentő körülményeinek előtérbe helyezése érdekében ügyvédet fogad. Az ügyvéd honorárium ellenében vállalja az ügyet, melynek összege a két fél megegyezésén alapul.

Elképzeltető olyan eset is, mikor a vádlott képtelen bármiféle minimális összeget előteremteni ahhoz, hogy jogi képviselőt tudjon meghatalmazni. Ezekben az esetekben – az előbb említett elvek miatt – nem hagyható a terhelt védelem nélkül, így számára a hatóság rendeli ki a védőt, aki jogszabályban meghatározott, viszonylag szerény összegért köteles ellátni a védői tevékenységet.

A kirendelt védelem intézménye így módon egyfajta állami gondoskodás, mely a szó legszorosabb értelmében egy közvetett anyagi segítséget jelent a rászorult vádlottak számára.⁹ Szükséges itt megemlíteni, hogy ha magánjogi szempontból vizsgáljuk az intézmény költségvonzatát, ez nem ajándékot jelent, hanem csupán kölcsönt, melyet az állam ad a terhelt részére, melyet később a perköltségek részeként viselnie kell.

A kirendelt védői díjának állam által történő előlegezése csupán egyetlen esetben módosul ajándékká: ha a vádlottat felmentik, vagy az eljárást vele szemben megszüntetik, ilyenkor ugyanis mindig az állam viseli a költségeket.

A kirendelés mint jogviszony

Amikor egy adott bíróság egy adott ügyvédet a törvényben meghatározott esetben kirendel, az ügyvédre kötelezettségeket terhel, illetve bizonyos jogosultságokat (elsősorban vagyoni jogosultságok) ad. Következésképpen a kirendelés tényével valamiféle jogviszony jön létre az ügyvéd, a bíróság, illetve az érintett vádlott között. A

⁸ A „gondoskodási kötelezettség” magában foglalja az esélyegyenlőségnek és a méltányos eljárásnak a terhelt részére történő állam általi biztosítását. MANFRED HAHN: i. m. 40–44. p., HARTMANN-HILTER JOST: *Notwendige Verteidigung und Pflichtverteidigung im Jugendstrafverfahren*. 1989. 145. p.

⁹ A kirendelt védelem a rászoruló „szegény”, anyagilag rosszabb helyzetben lévő vádlottakat segítő jogintézmény. Más szóval a szociális esélyegyenlőség megvalósítására való törekvés. NORBERT VOGELSANG: *Die notwendige Verteidigung im deutschen und österreichischen Strafprozessrecht*. 1992.

terheltnek nincs beleszólása a jogviszony létrejöttébe, de nyilvánvaló, hogy érdekelt fél, mivel az eljárás ellene folyik.

A védő kirendelésének és feladatainak jogi minősítésében lévő bizonytalanságok leginkább abból adódnak, hogy a kötelező védelem értelme és célja nem eléggé tisztázott, természetesen azért léteznek a kirendelés jogviszonyára vonatkozó többé-kevésbé helytálló álláspontok.

Az általánosan elfogadott, tradicionális nézet szerint a védő, mint az igazságszolgáltatás szerve vesz részt a büntető eljárásban. Az igazságszolgáltatás részeként szavatolja a jogállamiságnak megfelelő esélyegyenlőséget, a méltányos eljárást, az objektív igazságot, és a szabadságjogokat, ennek megfelelően minden jogban járattan vádlottat megvéd a helyzetéből adódó veszélyektől.

Ha a vádlott védelmére meghatalmaz egy ügyvédet, megbízási jogviszony jön létre közöttük. A terhelt megválaszthatja, hogy kit bíz meg védelmével, az ügyvéd pedig visszautasíthatja a szerződési ajánlatot.

Kirendelés esetében a védőt ez a jog nem illeti meg, mivel a fent említett ajánlatot, mint az igazságszolgáltatás szerve, köteles elfogadni. A szerződésre vonatkozó javaslatot pedig nem a terhelt teszi, hanem az állam, tehát a kirendelés az állam és az ügyvéd között létrejött a vádlott javára történő szerződés. A védő – állam viszonyban utóbbi vállalja ideiglenesen a védelem költségeit, de a bíróságnak, mint állami szervnek nincs semmiféle kötelezettsége, hogy a védő tevékenységét célszerűségi szempontokból felülvizsgálja. A vádlott, akinek javára kötötték a szerződést, igényt támaszthat a védővel szemben a védelemszolgáltatás teljesítését illetően, hogy az ügyvéd kellő szakértelemmel, a tőle elvárható gondossággal tevékenykedjen.¹⁰

Érdemes megkülönböztetett figyelmet szentelni *E. Lüderssen* elméleti modelljének.¹¹ Álláspontjában nem a kirendelésből indul ki, hanem a kötelező védelemből. Ha a törvény a büntető eljárásban védő kötelező részvételét írja elő, a terhelt védőt hatalmazhat meg, ha ezzel nem él, akkor ügyvédet rendelnek ki számára. Amennyiben a vádlott él a meghatalmazás lehetőségével, úgy ez a megbízási az eljárási törvény előírása alapján tulajdonképpen állami kényszer miatt jött létre. A vádlott – védő közötti magánjogi kényszerszerződést úgy kötik meg, hogy figyelmen kívül hagyják, a vádlott vajon csak a bíróság (állam) nyomásának enged, vagy belátja a védelem szükségességét.

Ha a kényszer ellenére sem jön létre a vádlott és a védő között a megbízási szerződés, akkor kerül sor a kirendelésre. A kirendelés pedig a szerződés létrejöttét alapozza meg és garantálja annak érvényességét. Így a védő tevékenysége szerződés nélküli ügyletnek tekinthető, ahol a vádlott szerepel megbízóként.

Koncepciója szerint minden terhelt képes saját védelmi stratégia kidolgozására és érvényesítésére. A kirendelt védő köteles a vádlott stratégiájának megfelelően eljárni. (Ha a védő és a terhelt a védelem módjának tekintetében nem értenek egyet, a vádlott elképzeléseinek kell elsőbbséget élveznie.) Egy tipikus megbízási szerződés alapján a megbízott (ügyvéd) a megbízó (terhelt) utasítását követi, anélkül, hogy a szerződést ténylegesen megkötötték volna.

A kirendelés másik oldala a védő – állam közötti viszony. Véleménye szerint az állam kötelezettsége a kirendelés költségeinek ideiglenes átvétele. A védő részére kifi-

¹⁰ NORBERT VOGELSANG: i. m. 73–84. p.

¹¹ MANFRED HAHN: i. m. 58–60. p.

zetett díjat az állam ráterheli az elítélre, vagyis az állam – terhelt viszonyában egyfajta kölcsönszerződésről beszélhetünk.

Az elmélet a témával foglalkozók körében ellenállást váltott ki, és általánosan az az álláspont alakult ki, hogy ez a szerződésmodell nem felel meg a vádlott tényleges védelmi szituációjának.

A meghatalmazott védőnek joga van a szerződéses viszonyt a terhelttel bármikor felmondani, ha a védeence által kívánt irányt, védelmi stratégiát nem tartja megfelelőnek. A kirendelt védőnek azonban csak kivételes esetekben adatik meg a kirendelés visszavonásának lehetősége, hogy ily módon az általános elméleti modell szerint az „állammal való szerződéses viszonyt”, vagy a Lüderssen-i „látszatszerződést” egyoldalúan felmondja.

A hagyományos nézetek szerint Lüderssen félreismerte a terhelt védekező képességét, mert általában az eljárás alá vont személy nem tud hatékonyan védekezni. Nyilvánvaló, hogy csak egy személyesen nem érintett, jogot ismerő védő közreműködésével kerülhet a vádlott abba a helyzetbe, hogy megfelelő védelmi helyzetet tudjon kialakítani. Ezt figyelembe véve, a Lüderssen-i megbízási szerződés keretében, a vádlott széles körű utasítási joga tulajdonképpen a védő tevékenységének korlátozásához vezet. Extrém esetekben még öngyilkos stratégiát is rákényszeríthet a terhelt a védőre.

Az általánosan elfogadott elmélet szerint ez nem megengedhető, ezért a védelem csak akkor érheti el célját, ha a kirendelt ügyvéd – mint az igazságszolgáltatás szerve – a védelmet saját felelősségére a törvényekkel összhangban látja el, vagyis kirendelt védő állami szervként jár el.¹²

A kötelező ügyvédi képviselő rövid története

A kötelező ügyvédi képviselő, vagy ügyvédkényszer intézménye majdnem olyan régi keletű jogrendszerünkben, mint maga az ügyvéd által való képviseltetés jogának elismerése. Azok a szabályok, amelyek az ügyvédi képviselőt a peres eljárásban időről időre kötelezően előírták, az egyes korok felfogása, és az alakuló jogrendszer és jogszemlélet elveinek megfelelően koronként változtak, az ügyvédkényszer a jogfejlődés során mégis intézményesült a magyar jogban.

A korai magyar jogrendszerben a polgári, illetve a büntető eljárásjog nem különült el egymástól, így az ügyész a felperes (az eljárás kezdete keresetlevél beadásával történt), a terhelt pedig az alperes szerepét töltötte be. A XVIII. századtól kezdve az ún. sommás, szóbeli eljárásban ügyvéd igénybevételére nem adtak lehetőséget,

Írásbeli perben viszont az alperes, vádlott ügyvéd útján is védekezhetett, és a XIX. sz. elejétől kezdve amennyiben a vádlott nem vallott ügyvédet (ügyvédvallásnak hívták akkoriban, a meghatalmazást), a bíróság rendelte ki számára, mivel az írásbeli per lefolytatásához írástudásra és jogban való jártasságra volt szükség.

A modern büntetőperes eljárás lényegében Magyarországon 1900 január 1-én lépett hatályba, ekkortól alkalmazták az 1896 évi 33. Tc.-t, a Bünvádi perrendtartást. Ez már a kornak megfelelő modern büntetőeljárás szabályokat tartalmazó kódex volt, mely

¹² Kirendelés esetén a védő és a terhelt között megbízás nem jön létre, tehát a védelem ellátására polgári jogviszony nem létesül. a kirendelt védő számára a meghatalmazást a kirendelő határozat pótolja. BOLGÁR GYÖRGY – KÁRPÁTI LÁSZLÓ – TRAYTLER ENDRE: *A bünygi védő munkája*. Bp. 1965.

viszonylag megfelelően garantálta a terhelt védelmét, illetve biztosította az esélyegyenlőséget az eljárás során.

A törvény biztosította a védőválasztás szabadságát, tehát bármilyen büntetőügyben a vádlott szabadon választhatott magának védőt. Amennyiben ez nem történt meg, úgy azt a bíróság rendelte ki számára.

A kötelező védelemnek két csoportját ismerte: imperatív és fakultatív.

Az *imperatív* védelem esetei voltak: a vádat olyan bűncselekmény miatt emelik, melyet a törvény 5 évi szabadságvesztésnél súlyosabb büntetéssel fenyeget, a védelmet a vádlott, vagy közvetlen hozzátartozója, törvényes képviselje kívánja, a vádlott 18 éven aluli, vagy néma, illetve írástudatlan, továbbá összbüntetés esetén, ha annak tartama a 2 évet meghaladta, végül pedig rögtönítelő bíróság előtti eljárásban az ügyvéd részvétele mindig kötelező volt.

Fakultatív védelem esetei: a bíróság, a Kir. Ítéltábla, illetve a Kir. Curia külön védőt rendelhetett célszerűség esetén, továbbá fiatalkorú részére, ha szükségszerűnek mutatkozott. A törvény nem biztosította a járásbíróság előtt a hivatalból történő védő kirendelését¹³.

Nem volt kirendelhető olyan védő, aki a sértettel hozzátartozói viszonyban állt, aki az eljárás bármely szakaszában a terhelt érdekével ellentétes cselekményt követett el, vagy akit tanúként idéztek a főtárgyalásra.

A védőkirendelés joga az ügyvédi kamarákat, illetőleg ezek választmányát illette meg, amennyiben az eljárás olyan helységeben folyt, ahol az adott ügyvédi kamarának székhelye volt.

Más településeken a törvényszék elnökét illette meg a jog, hogy a kamaráknál bejegyzett, a védői névsorba felvett ügyvédek közül kötelezzen valakit védői feladatok ellátására.

Az ügyvédi kamaráknak pedig kötelességük volt minden évben összeállítani azon ügyvédek névsorát, akik védőként kirendelhetők voltak, majd ezt a névjegyzéket az illetékes bíróságoknak meg kellett küldeni.¹⁴

Emellett a törvény biztosította a vádlottak részére az ún. közvédőt, akik – ha nem volt a terheltnek sem kirendelt, sem meghatalmazott védője – mintegy biztosíték szerepét betöltve jártak el az ügyben.

A Tanácsköztársaság fennállása alatt a védelem minden esetben kötelező volt. A vádlott bárkit választhatott védőjének, ha ez nem történt meg, a bíróság gondoskodott róla. A védői tisztt azonban nem volt semmiféle képesítéshez kötve.

A Horthy korszakban 1919. augusztus 19-én kormányrendelettel létrehozták az ún. *Gyorsított bűnvádi perrendtartást*, de lényegében a Bp. rendelkezései hatályban maradtak. Ennek a rendeletnek az volt a célja, hogy a hatalmon lévő elit könnyedén lesújthasson azokra, akik veszélyt jelenthetnek pozícióikra, illetve a fennálló társadalmi rendre, ennek megfelelően erősen korlátozta a védelem jogosultságait.

¹³ Az 1896 évi 33. tc. szerint: „a fiatalkorúak bírósága a fiatalkorú terhelt részére, amennyiben védője nem volna, s a védelem célszerűnek mutatkozik”. IRK ALBERT: *A magyar büntető perjog* 1931, Pécs, 67. p.

¹⁴ Az 1896. évi 33. tc. bevezette az ún. közvédői intézményt. Ez azt jelentette, hogy amennyiben a főtárgyaláson a vádlottnak nem volt védője (sem meghatalmazott, sem kirendelt), úgy az ügyvédi kamara által kijelölt közvédő jelenléte mellett volt a tárgyalás megtartható. A kijelölt közvédők a Királyi Ítéltáblánál valamennyi tárgyaláson részt vehettek, amiért megfelelő díjazásban részesültek.

A II. világháború után az új szocialista büntetőeljárást az 1951. évi III. tv. (Bp.) vette be. Viszonylag széles körben biztosította a védő jogait, bár mint azt az '50-es évek koholt pereiben láthattuk, gyakorlati megvalósulásával problémák merültek fel, de ezt a törvény rendelkezései nem tükrözték.

A törvény szerint a vádlott szabadon megválaszthatta védőjét, ha nem élt ezzel a lehetőséggel a bíróság rendelt ki a számára, amennyiben a védelem kötelező volt.

Ezek az esetek: a cselekményre a törvény 5 évnél súlyosabb büntetést rendel, a terhelt fiatalkorú, süket, néma, vagy fogyatékos, a gyanúsított biztonsági őrizetbe helyezéséről kell határozni, a tárgyaláson a vád képviselőjében az ügyész fellép, kivéve, ha a vádlott lemond a védőről.

A bíróság hivatalból, vagy a törvényes képviselő, illetve nagykorú hozzátartozó kérelmére a kötelező védelem esetein kívül is rendelhetett védőt, ha azt a terhelt érdekében szükségesnek látta.

Nem lehetett védőül kirendelni a sértett hozzátartozóját, azt aki sértett képviselője volt vagy aki az ügyben nyomozati cselekményt végzett, illetve a terhelt érdekeivel ellentétes cselekményt tett.

A védőt a tanács elnöke rendelte ki az e célra összeállított jegyzékbe felvett ügyvédek, illetve ügyvédi munkaközösségek közül. A kirendelt ügyvédi munkaközösségen belül a munkaközösség vezetője jelölte ki az eljáró ügyvédet.

Ezt követően 1974. január 1-én hatályba lépett a jelenleg is érvényben lévő magyar büntetőeljárás törvény.

A hatályos büntetőeljárás Magyarországon

A jelenleg hatályban lévő büntetőeljárás kódex (a többször módosított 1973. évi I. tv., Be.) a büntető eljárásban viszonylag széles körben a védő kötelező részvételét írja elő olyan esetekre, amelyekben a terhelt személyes védekezési lehetősége valamilyen okból korlátozott. A védő közreműködésének kötelező eseteiben a védőnek az eljárás megindításától kezdődően annak minden szakaszában részt kell vennie. A Be. 47. §-a értelmében a védő részvétele a büntető eljárásban kötelező, ha:

1. a bűncselekményre a törvény öt évi szabadságvesztésnél súlyosabb büntetést rendel;

2. a terheltet fogva tartják, kivéve az őrizetbe vételt;

3. a terhelt süket, néma, vak, kóros elmeállapotú, vagy a magyar nyelvet nem ismeri;

4. az eljárást jogszabály megszegésével külföldön tartózkodó terhelt ellen folytatják, illetve

5. a törvényben meghatározott egyéb esetekben, így a fiatalkorúak elleni büntetőeljárásban (298. §),¹⁵ a bíróság elé állításnál [347. § (3) bek.], a felülvizsgálati ügyekben a Legfelsőbb Bíróság előtt [298/A. § (4) bek.],¹⁶ és a terhelt távollétében biztosíték letétbe helyezése mellett folytatott eljárásban [393/A. § (5) bek.].

¹⁵ A fiatalkorúak elleni büntetőeljárásban a fiatalkorú terhelt speciális helyzete indokolja védő segítségét, mely kötelező akkor is, ha egyébként a Be. 47. §-ának feltételei hiányoznak.

¹⁶ A Legfelsőbb Bíróság előtti eljárásban az ügyek bonyolultságára tekintettel kötelező ügyvéd részvétele.

Az öt évnél súlyosabb szabadságvesztéssel fenyegetett bűncselekmény esetén a védő kötelező részvételét a várható büntetés súlya indokolja. Ha a tényállás jogi értékelése az eljárás folyamán változik, a védelem kötelező voltának megítélése természetesen a bűncselekmény változott jogi minősítéséhez igazodik.

A személyi szabadságot korlátozó és így a terhelt eljárási jogainak a gyakorlását megnehezítő fogva tartás lehet az előzetes letartóztatás, vagy más ügyben kiszabott szabadságvesztés. Az őrizetbe vétel önmagában még nem ok a védő kötelező részvételére, mert ez viszonylag rövid (legfeljebb 72 óra) időtartamú¹⁷.

A terhelt személyében rejlő egyes okok ugyancsak nehezítik a védekezést. Közülük a legjelentősebbek a súlyos (testi vagy szellemi) betegségek. Ezek feltétlenül indokolják a védő részvételének kötelezővé tételét, ugyanúgy az is, amikor a terheltet jogai gyakorlásában az eljárás nyelvének nem ismerése akadályozza.

Nyomozás a jogszabály megszegésével külföldön tartózkodó terhelt ellen távollétben is indítható, és az eljárás – ideértve a bírósági tárgyalást is – lefolytatható. Ezért indokolt, hogy a távollévő terhelt érdekeit az eljárás folyamán képviseljük.

A védő az eljárás résztvevője lehet meghatalmazás és kirendelés útján. A hatóság hivatalból rendel ki védőt, ha a védelem kötelező és a terheltnek meghatalmazott védője nincs, továbbá a terhelt (nagykorú hozzátartozója, törvényes képviselője) kérelmére, vagy hivatalból, ha azt a terhelt érdekében szükségesnek tartja.

A Be. 45. § (1) bek. szerint védő lehet ügyvéd, a terhelt törvényes képviselője, vagy nagykorú hozzátartozója. Kirendelt védő ellenben csak ügyvéd lehet.

Nem lehet védő a sértett hozzátartozója és képviselője, aki az ügyben, mint bíró, ügyész, vagy mint a nyomozó hatóság tagja járt el, aki a terhelt érdekével ellentétes magatartást tanúsított, vagy akinek érdeke a terheltével ellentétes, aki az ügyben tanúként vagy szakértőként vesz vagy vett részt, akit a közügyektől eltiltottak [Be. 46. § (1) bek.].

A kirendelt védő és a meghatalmazott védő feladata teljes egészében megegyezik, a törvény nem tesz köztük ilyen tekintetben különbséget, ennek megfelelően:

„A védő köteles a terhelt érdekében minden törvényes védekezési eszközt és módot késedelem nélkül felhasználni, a terheltet a védekezés törvényes eszközeiről felvilágosítani, jogaira kioktatni és a terheltet mentő, illetőleg felelősségét enyhítő tények felderítését elősegíteni.” (Be 51. §).

Ezt némiképp kiegészíti: Az ügyvédekről szóló 1998 évi XI. tv. 3. § (2) bek.: „Az ügyvédnek hivatását a legjobb tudása szerint, lelkiismeretesen, a jogszabályok megtartásával kell gyakorolnia, tevékenységében köteles mindenkor az ügyvédi hivatáshoz méltó magatartást tanúsítani”.

Ki lehet kirendelt védő?

Eljárási törvényünk megadja, hogy ki lehet védő, és mely esetekben van a védő kizárva az eljárásból. Ez természetesen csupán egyfajta keretet jelent, hiszen nem minden ügyvéd, aki az adott bíróság illetékességi területén működik, kap kirendeléseket.

¹⁷ A Be. 91. § (2) rendelkezése szerint 72 óra elteltével a terheltet – ha az előzetes letartóztatását nem rendelék el – szabadon kell bocsátani.

Kialakult az a gyakorlat, hogy a kirendelést vállaló ügyvédek az adott ügyvédi kamara regisztrálja névjegyzékben, és kizárólag ebből lehet választania a hatóságnak, kit akar kirendelni.

A névjegyzékben szereplő ügyvédek azonban nem kapnak egyenlő arányban kirendeléseket, és ennek okaira próbálunk a következőkben magyarázatot találni.

Összetett problémakört vet fel a kirendelés által létesített kétoldalú jogviszony. Ennek megfelelően megvizsgáltuk az eljáró ügyvédek motivációit is arra vonatkozóan, hogy miért szoktak ilyen ügyeket vállalni (miért regisztráltatták magukat a névjegyzékben), és mi az indoka, hogy az egyes ügyekben őket rendelik ki.

A szélesebb körű vizsgálat érdekében a kérdőívek segítségével a bírók, illetve az ügyészek véleményét is felhasználtuk kérdéseink megválaszolására.

Fontosnak tartottuk, hogy egy adott bíróság illetékességi területén működő ügyvédek közül mi alapján választja ki a hatóság az éppen eljáró védőt. Hiszen a kirendelő határozat, végzés név szerinti, vagyis meghatározott címzettnek (személynek) szóló.

A megkérdezett bírák 36 %-a tartja a személyes kapcsolatot, ismeretséget a kirendelő határozat alapjának, míg 18 %-uk az ügyvéd szakmai felkészültségét, tudását részesíti előnyben. A reprezentatív mintavételből fennmaradó további 44 % nem tudott meghatározni különösebb indokot, vagyis az erre jogosult ügyvédek közül véletlenszerűen választja meg az éppen eljárót.¹⁸

Érdekes, hogy az ügyészek 86 %-ának véleménye szerint a kirendelés személyes kapcsolaton, esetleg baráti viszonyon alapul. Az érintett ügyvédeknek pedig több, mint fele magyarázza baráti kapcsolattal a jogviszony létrejöttét.¹⁹

Feltehetően a bírák, és az ügyvédek közötti komoly véleménykülönbség abból adódik, hogy ez utóbbiak túlértékelhetik saját és kollégáik kapcsolatát a bírakkal. E mellett természetesen szerepet játszhat az is, hogy a megkérdezett ügyvéd tevékenységének szakmai színvonaláról a bírák véleményét nem ismerheti igazán.

Mindenféleképpen meg kellett vizsgálni a dolognak azt az oldalát is, hogy mennyiben és miért szükséges az ügyvédeknek a kirendelés, illetve ezt az intézményt szükségesnek tartják-e a saját, illetve a büntetőeljárás oldaláról nézve. Ez utóbbira a későbbiekben térünk ki részletesen.

A megkérdezett ügyvédek 1/3-a tartja főlegesen tehernek, hogy el kell járnia ilyen ügyekben, és 53 %-uk vallja, hogy szüksége van a kirendelésekre. (Tehát körülbelül 13 %-uknak ugyan nincs különösebb szüksége rá, de nem is érzi igazán „nyűgnek”).

A reprezentatív felmérés eredményeképpen az ügyvédek fele szakmai szempontból tartja hasznosnak a kirendeléseket, mivel ezek révén bővül a gyakorlati tapasztalata, mivel ezek az ügyek általában bonyolultabb jogi problémákat takarnak.

Közvetlenül anyagi előnyökhöz viszont már csak körülbelül 1/3-uk szerint vezet ez a jogintézmény.

Ezzel ellentétben a bírák nagyobb része az anyagi érdeket jelöli meg, mint legfontosabb okot, ami miatt nélkülözhetetlen a kirendelés az ügyvédek számára. A szakmai

¹⁸ A felmérési eredményeket kis mértékben torzíthatja, hogy a bírák – a személyes kapcsolat, baráti viszonyon alapuló kirendelés erkölcsileg kifogásolható volta miatt – esetleg, öntudatlanul is, nem minden esetben vallották be a kirendelés tényleges okát. Mindezt alátámasztja az ügyvédek körében ugyanerre a kérdéskörre végzett felmérés.

¹⁹ Az ügyvédek között kialakult versenyzési kényszerből adódhat, hogy kollégáik kirendelését öntudatlanul is a bírakkal való személyes kapcsolattal magyarázzák. Ez természetesen a felmérés eredményeit illetően szintén némi torzításhoz vezethet.

szempontot, illetve az ismeretségi kör bővülését elenyésző mértékben tartották lényegesnek.

Az ügyészek véleménye kiegyensúlyozottabb volt e tekintetben, mintegy fele-fele arányban tartják fontosnak a szakmai tudás bővülését és az anyagi szempontot, illetve kisebb mértékben a ismertség növekedését.

Természetesen elismert az érintettek körében, hogy a kirendeléssel bővíthet az ügyvéd ügyfélköre is, mivel – bár csak kisebb mértékben (20–37 %) – mégis az eljárás alá vont személyek adnak meghatalmazást. Ami nyilván erős motiváló tényező, mert az eljáró védő komolyabb anyagi előnyökhöz juthat a meghatalmazásba fordult kirendelés révén.

Az, hogy jövedelem szempontjából a meghatalmazás reménye „kecsegtető”, nem szorul különösebb elemzésre, vagy bizonyításra, és ebben a szakma különböző területein dolgozók között egyetértés van. Érdekesebb viszont, hogy a bírák az anyagi szempontot tartották elsődlegesnek, míg az ügyvédek inkább a szakmai fejlődést.

Közismert tény, hogy az 1960-as, 1970-es években a kezdő ügyvédek kirendelésekkel próbálták saját egzisztenciájukat kiépíteni, illetve pályájuk kezdetén ezekből tartották fenn ügyvédi irodájukat.²⁰ Manapság az ügyvédek véleménye szerint egy pályakezdő számára csupán ezekből megélni, illetve kialakítani a megélhetéshez szükséges elegendő ügyfélkört, képtelenség lenne. Vagyis a mai gazdasági viszonyokhoz képest a szerény kirendelési díj nem elegendő a fennmaradáshoz.

Ennek ellenére a kezdő ügyvédek mégis fontosnak tartják, hogy eljárhassanak ilyen ügyekben. Az általánosan elfogadott nézet szerint azonban a díjak emelésével lényegesen könnyebb lenne karrierjük kezdete.

A nézetkülönbség tehát a szakma két rétege között leginkább ebben gyökerezik. Az anyagi vonzat nem elhanyagolható tényező, de az ügyvédek körében az az álláspont vált általánossá, hogy a csekély, hosszú évek óta nem emelkedett díjazás miatt már nem képviselhet elsődleges szempontot.

Levonható ebből az a következtetés, hogy az ügyvédek ma már nem a közvetlen anyagi juttatásért vállalnak kirendeléseket, hanem más, korábban másodlagosnak számító okok miatt, így az *ügyfélkör esetleges bővülése érdekében* (mintegy közvetett anyagi előny), illetve a *szakmai tudás szempontjainak szem előtt tartása érdekében*.

A kirendelt védő tevékenysége

A büntetőeljárás törvény megfogalmazza a védő feladatait. Ez természetesen nem mindenre kiterjedő, csupán elvi szintű, lényegi kérdéseket tartalmazó felsorolás. Ehhez kapcsolódóan fogalmaz meg általános szabályokat az ügyvédekről szóló 1998-as törvény. Ezeken kívül semmilyen más jogszabály nem tartalmaz rendelkezéseket, amelyek a védő számára az egyes eljárási cselekményekhez kapcsolódóan konkrét kötele-

²⁰ Ezt alátámasztja egy másik, jelen tanulmány kutatásához kapcsolódó 1998 szeptemberében végzett kérdőíves felmérés, melyből kiderült, hogy a mai napig – bár egyre csökkenő arányban – a 30 éves kor alatti ügyvédek vállalnak legnagyobb számban kirendeléseket. (Az intenzitási viszonyszám 44,4 %, 30 év alatti korcsoportra nézve Csongrád megyében.)

Ezen kívül a 20–30 éves gyakorlattal rendelkező ügyvédek a kutatáshoz kapcsolódó személyes beszélgetések során azt állították, hogy pályájuk kezdetén kirendelésekkel építették ki egzisztenciájukat.

zettségeket állapítanak meg, következésképpen a védői jogok gyakorlása az ügyvéd belátásától, lelkiismeretétől függ.

Ettől függetlenül a törvény szabályaival összhangban évtizedek alatt kialakult egy-fajta gyakorlat a védő eljárására.

Ha részletesen megvizsgáljuk, találunk ebben a gyakorlatban problémásabb pontokat, függetlenül attól, hogy kirendelt, vagy meghatalmazott védőről van szó. Természetesen az egyes ügyvédek között is van különbség tevékenységüket illetően, mivel az egyéniségek különbözőségei ebben is tükröződnek.

A kérdőívek segítségével felmérést végeztünk vajon hogyan vélekednek maguk az érintettek saját gyakorlatukról. A felmérés kiterjedt a gyakorlatot közvetlenül megfigyelő bírák, ügyészek véleményére is.

A fentieknek megfelelően az ügyvédek tevékenységének egyes részleteire próbáltunk rákérdezni, illetve arra, hogy eljárásukban van-e különbség meghatalmazott és kirendelt ügy között.

Az ügyvédek véleménye nem volt minden tekintetben egységes. Többségük felkészülésükben nem érez különbséget, és attól függően, hogy meghatalmazott védőként, vagy kirendelt védőként jár el csupán 37 %-uk állítja, hogy kevesebb időt fordít felkészülésre, ha kirendelt védőként jár el.

Ezzel ellentétben a megkérdezett bírák 70 %-a, az ügyészeknek pedig 100 %-a érez eltérést e tekintetben a védők tevékenysége között.

A bírák véleménye szerint a meghatalmazott védők alaposabban felkészülnek a tárgyalásra, aktívabb az azon való részvételük, nagyobb gondossággal járnak el, többet törődnek ügyfelükkel, jobban azonosulnak a védelem álláspontjával, sőt a felkészülésből adódóan még a bíróság munkáját is jobban segítik.

Az ügyészek pedig azt állítják, hogy a kirendelt védők nem veszik figyelembe az ügyfél érdekeit, csupán a tényeket, esetleg jogait közlik velük, sőt a legszigorúbb vélemények szerint „csak fizikailag vannak jelen”.

A bírák és ügyészek egybehangzóan szembetűnőnek találják a kirendelt és meghatalmazott védő eljárása közti különbséget. Mindemellett meg kell jegyezni, hogy általánosabb értelemben is nagyobb aktivitást, illetve alaposabb felkészültséget várnának el az ügyvédektől. Így például a katonai ügyészek körében végzett felmérések szerint szükséges lenne az ügyvédek részéről katonai büntetőjog alaposabb ismerete.

Ezt alátámasztani látszik az állampolgári jogok országgyűlési biztosának 1996-ban készült jelentése a kirendelt védővel rendelkező fogva tartott személyek védelemhez való jogának érvényesüléséről a büntetőeljárás nyomozati szakában. A jelentés szerint felmérések alapján megállapítható, hogy a kirendelt védő nyomozati cselekményen kivételesen jelenik meg (átlagosan az ügyek 15,8 %-ban), és ha megjelenik, akkor csekély aktivitás jellemzi Őket (a megjelenteknek kevesebb, mint 30 %-uk intézett kérdést, vagy tett észrevételt).

A meghallgatott eljárás alá vont személyek 31 %-a elégedetlen volt kirendelt védője tevékenységével, hangsúlyozva, hogy „érdemi segítséget védőjüktől nem kaptak”, illetve „tapasztalataik szerint a kirendelt védő a bírósági tárgyaláson felkészületlenül, az ügy ismerete nélkül jelenik meg”.

A nyomozó hatóságok nyilatkozata szerint, „a kirendelt védő tevékenysége formális, aktivitása gyengébb, mint a meghatalmazott védőé”, írja a jelentés.²¹

Különbözik továbbá a megkérdezett ügyvédek véleménye a bírák, illetve ügyészek álláspontjától abban a tekintetben is, hogy amennyiben létezik tevékenységükben differencia, az melyik stádiumban jelentkezik leginkább. Az ügyvédek szerint a rendőrségi (nyomozati) szakban, míg a bírák szerint ez leginkább a bírói szakban.

Ez a véleményeltérés a különböző szemléletből adódhat, mivel az ügyvédek általában úgy gondolják, hogy a büntetőeljárás a rendőrségi szakban, míg a bírák szerint pedig az eljárás fő részében, tehát a tárgyalás során dől el.

A mérleg nyelve lehetne esetleg az ügyészség, mert ők mindkét szakaszt átlátják, résztvevői azoknak. Bár szerintük is a tárgyalási szakasz a kritikusabb, de ezt csupán 46 %-uk állítja, míg 31 % a rendőrségi eljárásra „szavazott”, tehát a különbség már nem igazán szembetűnő.

A vélemények ütköztetése révén valószínűsíthető, hogy nem lehet igazán behatárolni, hogy az eljárás mely szakaszában jelentkezik a vizsgált probléma. Inkább arra a következtetésre lehet jutni, hogy mindenütt jelen van, és az eltérések elenyészők, de legalábbis nem specifikálódnak egyetlen szakaszra.

Mindezek után felvetődik a kérdés, lehet-e javítani a kirendelt védők szerepvállalásán, és ha igen, akkor hogyan lehetne ezt elérni?

A megkérdezett érintett ügyvédek 58 %-a az eljárási feltételek, szabályok megváltoztatását jelölte meg lehetőségként. Tehát a büntetőeljárást olyan irányban kellene módosítani, amely nagyobb teret enged a védelem kibontakozásának. Nem másról van szó, mint eljárási rendszerünk kontradiktórius irányba való „csúsztatásáról”, ami rendkívül kényes kérdés, tekintettel arra, hogy az objektív igazság felderítését komolyan befolyásolhatja egy ilyen irányú változás, vagy legalábbis csak komoly előkészítés után lehetne megvalósítani.

Az 1998. évi XIX. törvénybe foglalt új büntetőeljárási kódex ezt kísérli meg, mikor alapelvei szinten középpontba állítja a kontradiktórius elvet és a felek rendelkezési jogát. Mivel ez a törvény még nem lépett hatályba, így még nem alkalmazzák, ezért nincs gyakorlati tapasztalatunk ennek pozitív és negatív oldalairól.²²

További lehetőségként felmerült a kérdés, hogy a kirendelési díj növelése segíthet-e a teljesítményen. Az ügyvédeknek csupán 25 %-uk nyilatkozott úgy, hogy a díj emelkedése javíthatna a hozzáálláson.

A megkérdezett bírák, és ügyészek 60 %-a ugyanakkor a díjazás emelésével megoldhatónak tartja a kérdést, és csupán 20 %-uk véleménye, hogy az eljárási szabályok módosítása lehetne kulcs a problémához.

²¹ Az állampolgári jogok országgyűlési biztosának jelentése Borsod–Abaúj–Zemplén megyére, Zala megyére, Somogy megyére, Pest megyére, és Budapestre kiterjedő vizsgálaton alapszik. A felsorolt megyék büntetés-végrehajtási intézeteiben, rendőrkapitányságain, főügyészségein, és az ügyvédi kamaráknál végeztek felméréseket. Ezek, illetve a Győr–Sopron, Tolna, Fejér, Jász–Nagykun–Szolnok, Bács–Kiskun Megyei Ügyvédi Kamarák elnöke által adott tájékoztatás alapján megállapított alkotmányos viaszágakat tartalmazza. Az idézetek a jelentés 22. oldaláról a fogva tartottakkal történt beszélgetésekből, illetve a 9. oldalról a Zala Megyei Rendőr-főkapitányság véleményéből.

²² CSEKA ERVIN: *Megjegyzések az új büntetőeljárási kódex koncepciójához*. Acta Juridica et Politica 1998, Szeged 5. p. Véleménye szerint az okirati bizonyítás kiterjesztése, és a külön eljárásokban a tárgyalás nélküli döntéshozatal valójában csökkenti a kontradiktórius elv érvényesülését. A felek rendelkezési jogának polgári per mintájára történő általánosság válására pedig belátható időn belül nem lehet számítani.

Mindezekkel összhangban van a már hivatkozott Állampolgári Jogok Országgyűlési Biztosának jelentése, miszerint a megkérdezett hatóságok is szükségesnek tartanak a kirendelés díjazásának rendezését, ami „álláspontjuk szerint a védelem hatékonyságának javulásához vezetne”.²³

Az előbbiektől függetlenül a védők szerint a kirendelés díjazásának mértéke semmiképpen sem megfelelő. A vélemények átlaga szerint körülbelül 3000 Ft-ot tartanak reálisnak óránként, ami a ma érvényben lévő díjazás hatszorosa (500 Ft/óra).

Megfontolandóak tartjuk azokat a nézeteket is – mintegy a megkérdezetteknek 14 %-a – miszerint a díjnak ügytől függőnek kellene lennie.²⁴ Ez annyit jelentene, hogy bizonyos szabályok keretei között az ügy bonyolultságától, a nyújtott teljesítménytől függően a bíró állapítaná meg annak mértékét. Ez talán reálisabb lenne, és feltehetően némiképp motiválná is az eljáró védőt.

Az ügyvédi állásponttal összhangban a bírák is nagyobb díjazást tartanak elfogadhatónak, bár jóval kevesebbet, mint az ügyvédek, így átlagosan 1770 Ft-ot.

Az ügyészek még kevésbé értékelik az ügyvédek tevékenységét, elegendőnek tartanak a díj pár száz forintos, de mindenképpen inflációkövető növelését is.

Természetes, hogy az igazán érdekelt védők magasabb összeget tartanak reálisnak, mint a viszonylag kívülálló bírák, illetve ügyészek. Mindenesetre érdemes megjegyezni, hogy a kirendelési díj mértékét a kérdezettek 70%-a nem tartotta elegendőnek és körülbelül ugyanilyen arányban vallották, hogy a magasabb díj a tevékenység minőségének javulásához vezetne.

A kirendelt ügyvédi munka hatékonysága (Számít-e az ügyvéd részvétele?)

A büntetőeljárásban a résztvevők helyzete, egymáshoz való viszonya rendkívül összetett kérdés. Eljárási rendszerünk részben akkuzatórius, részben inkvizitórius rendszere csak komplikáltabbá teszi ezt.

Az alapszituáció egyértelmű: az ügyész vádat emel és képviseli azt, a védő felhasznál minden törvényes eszközt a terhelt felmentése, illetve felelősségének enyhítése érdekében, a bíró pedig megpróbálja a tényállást tisztázni, és ennek megfelelően valamilyen határozatot, döntést hoz.

Valójában a gyakorlatban ez nem ilyen egyszerű, világos. Az köztudott, hogy a gyakorlatban a büntető ügyekben a bírő a főszerep, hiszen Ő gondoskodik az eljárási szabályok megtartásáról, az Ő feladata a tárgyaláson a bizonyítás lefolytatása, és első sorban a bíró kérdezi ki a vádlottat (vádlottakat), és a tanúkat.

Ehhez képest a vád, illetve a védelem csak mellékszerepet játszik a tárgyaláson. (Ez a helyzet egyébként a nyomozati szakban is érvényesül, csak ott a nyomozó hatóságé a főszerep.)

A bíró törekszik a tényállás teljes felderítésére és annak megfelelő minden befolyástól mentes határozat hozatalára. Tehát az adott üggyel kapcsolatban megpróbálja telje-

²³ Az állampolgári jogok országgyűlési biztosának 1996-os jelentése a kirendelt védővel rendelkező fogva tartott személyek védelemhez való jogának érvényesüléséről a büntetőeljárás nyomozati szakában. 18. p.

²⁴ Többségében polgári peres eljárással foglalkozó ügyvédek javasolták ezt, mivel a polgári eljárásban az ügy terjedelme, bonyolultsága is befolyásolhatja a megállapított perköltséget.

sen tisztán látni az eseményeket, a tárgyalás menetétől függően minden bizonyítékot igyekszik beszerezni a védő, illetve az ügyész indítványa nélkül is.

Mindez felveti a kérdést, vajon a védő részvételének hiánya mennyiben befolyásolná az eljárás kimenetelét. Ennek megválaszolását segítették kérdőíveink, melyeket úgy szerkesztettünk, hogy fény derüljön a meghatalmazás, és a kirendelés eseteiben az esetleges különbségekre.

Kérdéseinkre válaszolva az ügyvédek 75 %-a gondolja úgy, hogy részvételének hiánya komoly problémákat okozna az eljárás lefolytatását, illetve kimenetelét illetően.

Ezt azzal indokolják, hogy a terhelt nincs tisztában jogaival, így szükséges mellé valaki, aki jogi szaktudással rendelkezik, következőképpen elősegíti a vádlott jogainak érvényesítését, sőt végső soron ezzel az eljárás menetét is gyorsítja.

Érdekesnek tűnnek azok a vélemények, melyek szerint a védő részvétele nem kifejezetten a jogérvényesítés eszköze, sokkal inkább egyfajta *lelki segítség a terhelt részére*. Vagyis nem az eljárás menetét befolyásolja, hanem pszichés támaszt ad, melyre azért a védő a legalkalmasabb személy, mert az eljárás súlya alatt lévő terheltnek biztonságérzetet ad, ha egy jogi szaktudással rendelkező ügyvéd áll az oldalán, és segíti őt. Sokszor már az is elegendő, ha csak egyáltalán beszél vele az eljárásról, törődik problémájával.

Kirendelés esetében a 75 %-os arány 69 %-ra csökkent, az indokok ugyanakkor nagyjából változatlanok maradtak. Annnyit mindenképpen meg kell jegyezni kiegészítésként, hogy az ügyvédek szerint a hatóságok tevékenysége, esetleges passzív magatartása nagyban befolyásolhatja a kirendelt védő működését. (Ugyanúgy igaz lehet ez a meghatalmazott védőre is, hiszen ebben az esetben a hatóság valószínűleg, nem tenne különbséget közöttük.) Ezt alátámasztja, hogy az állampolgári jogok országgyűlési biztosa 1996-ban több megye rendőr-főkapitányságát felhívta az ezzel kapcsolatos alkotmányos visszasságok megszüntetésére és a büntetőeljárás törvény rendelkezéseinek maradéktalan betartására.²⁵

Azok az ügyvédek, akik szerint részvételük kevés befolyással van a büntető eljárás menetére, indoknak a bizonyítás szigorú rendszerét és az ügy jogi jellegét jelölik meg. Értik ezalatt azt, hogy az egyszerűbb jogi megítélésű ügyekben, az eljárás szigorú rendszere miatt nem sokat tudnak tenni a vádlott érdekében.

A bírák az ügyészekkel szinte tökéletes összhangban teljesen más véleményt képviselnek. Csúpan 42 %-uk állítja, hogy a védő komoly segítséget jelent a terheltnek az eljárásban, még 58 %-uk tagadja ezt.

A nélkülözhetetlenséget azzal indokolják, hogy a jogismerettel rendelkező személy sok mindent megláthat az ügy jogi megítélését illetően, amit a terhelt nem, és így hatékonyabbá teheti a védelmet. Ezen kívül a terhelt jogaira való kioktatás is elősegíti a terhelt pozíciójának javítását, sőt az enyhítő körülmények kihangsúlyozásával csökkentheti felelősségét.

A kevésbé fontosságot azzal magyarázzák, hogy leginkább (az ügyek többségében) azokban az esetekben hatalmaznak meg ügyvédet, amikor az ügy teljesen egyértelmű, és semmi esély a terhelt felmentésére, vagy felelősségének enyhítésére, vagyis tulajdonképpen az eljárás kimenetelét a védő nem tudja megváltoztatni.

²⁵ Az állampolgári jogok országgyűlési biztosa idézett jelentésében felhívta Borsod–Abauj–Zemplén megye, Somogy megye, Zala megye Pest megye, és Budapest rendőr-főkapitányságainak vezetőit a védőkkel való nem megfelelő együttműködésből eredő alkotmányos visszasságok megszüntetésére. (1–32. p.)

Fontos kiemelni a vélemények azon csoportját, melyek vélemények szerint a bírósági eljárásban a védő azért nem jelent hathatós segítséget a vádlott részére, mert tárgyalási szakba már csak az egyértelmű, megalapozott bizonyítékokkal alátámasztott bűncselekmények kerülnek, a vád már szinte teljesen biztos. Az eljárási rendszer miatt az ügyvéd kevés esetben képes a terhelt helyzetén érdemben javítani, ugyanakkor az esetek jó részében bíróság a védő közbenjárása nélkül is feltárja az enyhítő körülményeket.

Ha azokat az ügyeket vizsgáljuk, amelyekben a védő kirendelés alapján jár el, az arány megfordul.

Akik szerint (56 %) ezekben az ügyekben is lényeges a védő jelenléte, indokul az ügyvéd jogszabályismeretét hozták fel, illetve azt, hogy *a kirendelés eseteiben, mivel azt jogszabály határozza meg, indokoltabb a védő részvétele*. Nyilván egy súlyosabb büntetéssel fenyegetett bűncselekmény vagy egy bonyolultabb ügy inkább szükségessé teszi a jogismeretet a védelem oldaláról is, mint egy egyszerűbb, kevésbé kiemelkedő súlyú cselekmény.

Akik az ügyvéd eljárását kevésbé tartják jelentősnek (44 %), úgy gondolják, hogy kirendelés esetén nem érzi a védő magáénak az ügyet, illetve *az eljárás fő részében az esetek egyértelműsége miatt már nehezen befolyásolható az ítélet*.

Az eddigiekből egyértelműen kitűnik, hogy szöges ellentétben áll a bírák (ügyészek), illetve az ügyvédek álláspontja a védő hatékonyságát illetően. Azt, hogy az ügyvédek esetleg „túlértékelik” saját tevékenységüket, vagy a bírák ügyészek esetleg „lebecsülik” Őket, nehéz eldönteni. Mindenesetre az kijelenthető, hogy a bírák alkalmasabb annak megítélésére, hogy érdemi határozathozatalukat mennyiben befolyásolja egy-egy ügyben az éppen eljáró védő.

Az „igenlő”, és „nemleges” válaszokból, az indokokból, illetve mindezek arányai-ból megállapítható, hogy a bírák, ügyészek azért tartják eredményesebbnek a kirendelt védőt, mert a *büntetőeljárási törvény által meghatározott esetek általában jelentősebbek, komolyabb jogi szaktudást és több munkát igényelnek. Amikor azonban az ügyfél (terhelt) egy ügyvédet meghatalmaz a védelem ellátására, általában az ügyek számához viszonyítva többségében nem ilyen súlyú problémáról van szó*. (Ezek alól természetesen kivételt képeznek azok az ügyek, melyekben egyébként, ha nem élne az ügyfél meghatalmazással, ügyvédet kellene kirendelni törvény szerint.)

Az ügyvédi munka, ezen belül a kirendelt védők tevékenységének hatékonyságát a kutatások alapján nem tudjuk egyértelműen megválaszolni. Mindenesetre tény, hogy a szakmabeliek véleménye a kérdésben nem egységes, sőt körülbelül 50 %-uk azon a véleményen van, hogy a védő az ügyek kis részében van igazi befolyással az esélyegyenlőségre, illetve eljárás kimenetelére. Mint, ahogy az egyik válaszban a kérdőíven olvasható volt, „nem a védőtől függ az esélyegyenlőség, a bírónak kell azt biztosítani, szem előtt tartani”.

A kutatások során világossá vált, hogy az objektivitás, méltányos eljárás, esélyegyenlőség, szabadságjogok megóvása nem a védő kizárólagos feladata, hanem azt a büntető eljárás résztvevői csak együttesen biztosíthatják.

A kirendelt védővel kapcsolatban felmerült problémák, és azok megoldási lehetőségei

A kérdőívekkel folytatott kutatás számos visszasságra rávilágított, amelyek a kirendelés intézményéhez kapcsolódnak, s azt a közvélemény előtt rossz színben tüntetik fel.

Mindenekelőtt a védelem tényleges hatékonysága vált megkérdőjelezhetővé a kutatás során.

A védőhöz való jog elméleti, és annak gyakorlati vonatkozásait a dolgozat elején kifejtettük, de annak a büntetőeljárásban való tényleges megvalósulása nem nevezhető problémamentesnek. A szakmabeliek fele körülbelül azon az állásponton van, hogy főleg a védő ritkán jelent hatékony segítséget az eljárásban, és ezeket különböző okokkal magyarázták. Ezek közül a legtöbbet előforduló indokok a következők:

1. A vád az azt megelőző nyomozati eljárás után olyan biztos lábakon áll, hogy szinte megdönthetetlen, következésképpen, ha a védő nem vett részt a nyomozásban, vagy ott tehetetlen volt, később már kevés esélye van annak megdöntésére.

2. A tárgyalás eljárási rendszere olyan, hogy ott a védő vajmi keveset tehet védeence érdekében, mert a bíróság – már az előző fejezetekben kifejtetten – nem igazán engedheti meg a védelem hatékony érvényesülését.

Az első pontra megoldás lehet, ha a nyomozó szervek előtti eljárásban több lenne a garanciális szabály, összhangban az eljárási alapelvekkel. Bár elképzelhető az is, hogy csupán elegendő lenne a jelenlegi garanciális szabályokat maradéktalanul betartani, illetve betartatni, azok megsértését komolyabban szankcionálni.²⁶

A második pontban leírtakra „gyógyír” már egyértelműen csak az eljárási szabályok komolyabb módosítása lehetne. Egy ennek megfelelő új szabályrendszer eltolná az eljárási rendszert, változtatna a bűncselekmények Magyarországon hagyományos felderítési módszerein, és az ítélkezési gyakorlaton, ami jelentősen veszélyeztethetné az objektív igazság kiderítését. Ezért ebben az esetben itt sokkal körültekintőbben kellene eljárni, apróbb lépésekkel lehetne ezen változtatni. Az eljárási jogszabályokat fokozatosan és szakaszosan kis mértékben kellene átalakítani, időt hagyva az alkalmazkodásra.

A másik fontos kérdéskör maga a védő kirendelésével kapcsolatos, nevezetesen, hogy kiket, mi alapján rendelnek ki.

Elég aggasztó, hogy a bírának csupán 18%-a választja ki az ügyvédet szakmai felkészültsége alapján. A személyes ismeretség, illetve a véletlenszerű kirendelés esetlegesen a vádlott hátrányára válhat, mivel éppen emiatt szakmailag rosszabb védőt kaphat.

Az mindenképpen pozitívum, hogy az utóbbi években kirendelni már csak az ügyvédi kamaráknál névjegyzékbe felvett ügyvédek közül lehet, így elképzelhetetlen, hogy *büntetőjoggal nem foglalkozó személyeket kötelezzenek bíróság előtti fellépésre.*

Ettől függetlenül szükséges lenne azonban egyfajta szigorúbb kontroll is, talán az ügyvédi kamaráknak folyamatosan konzultálnia kellene a büntetőhatóságokkal, és a bíróságokkal, véleményeket kellene kérni a kirendelésekben részt vevő ügyvédekről. Azokat a védőket, akikre többször panasz érkezik, vagy pedig tevékenységük minősé-

²⁶ Az állampolgári jogok országgyűlési biztosának idézett jelentése szerint az eljárási jogszabályokat nem minden esetben tartják be a nyomozó szervek. (1–32. p.)

gével kapcsolatban a hatóságok részéről komoly kifogás merül fel – amennyiben más megoldás nem lehetséges – törölni lehetne a névjegyzékből.

Azt is meg kell jegyezni, hogy az ismeretségen alapuló kirendelések miatt csorbát szenved az arányosság, így lehetnek szakmailag felkészültebb ügyvédek is, akikre szinte soha nem kerül sor hiába vannak felvezetve a névjegyzékre. A hatóságoknak és az ügyvédi kamaráknak egyeztetni kellene a tekintetben, hogy az ügyvédek körülből egyenlő számú kirendelést kapjanak.

Megoldást jelenthetne, ha a kirendelés nem közvetlenül történne, hanem a hatóság illetékességi területén működő ügyvédi kamarákhoz érkezne a kirendelő határozat. Ezután pedig a adott kamara jelölné ki a névjegyzékből egyenlő arányban az ügyvédeket.

A következő problémakör az *ügyvédek tevékenységével*, illetve a *díjazással* kapcsolatos. Mivel egyértelműen megállapítható, hogy kirendelés esetén a védelem minőségileg alacsonyabb színvonalú, szemben azzal az esettel, mikor az adott ügyvédet meghatalmazzák.²⁷

Az nem szorul különösebb magyarázatra, hogy a díjazás rendkívül alacsony, az óránkénti 500 Ft.- semmiképpen sem elegendő a mai gazdasági viszonyok között. Ezen kívül bizonyos eljárási cselekményekért egyáltalán nem részesülnek díjazásban, például a büntetés végrehajtási intézetben történő beszélő költségeit nem térítik meg, érte díjat nem kapnak.²⁸

Ehhez járul még, hogy az iratmásolást, illetve az iratok kiadásának költségeit, illetékét nem térítik meg a védőnek. Nem várható el Tőlük ugyanis, hogy a saját munkadíjuknál nagyobb összegeket fizessenek egy-egy irat kiadásért, pedig ha alaposabban fel akarnának készülni az ilyen adminisztrációs munka díja a kirendelési díj többszörösére rúgna.

A védelem minősége azonban elsősorban nem a kirendelési díj összegétől függ, mint ez a kutatás során világossá vált. A többségi vélemények szerint a meghatalmazott védők tényleges hatékonysága az ügyek nagyobb részében jóval alulmarad a kirendelt védőkéjénél, annak ellenére, hogy ez utóbbiak tetemes része egyértelműen kevesebb energiát fordít eljárási tevékenységére. Ebből egyenesen következik, hogy a jóval magasabb díjért dolgozó védő nem feltétlenül hasznosabb az ügyfél részére, mint az alacsony díjazású kirendelt ügyvéd.

Akár a jelenlegi, akár egy esetleges magasabb kirendelési díjat a védők mindenképpen megkapják. A fix, biztos, minden eseten járó magas munkadíj ugyanúgy nem jelentene komoly motiváló tényezőt, mint a hatályos szabályok szerinti összeg.

Egyértelműen ki lehet jelenteni, hogy a *védői díj emelésével a tevékenység színvonalára nem, vagy csak csekély mértékben emelkedne*,²⁹ vagyis teljesen más megoldások után kellene nézni. Az természetesen elképzelhető, hogy egyfajta teljesítményfüggő díjazás (például, ha a bíróság állapítaná meg a védői díjat, az ügy bonyolultsága, jogi problémái stb. tükrében) lényeges javulást hozhatna.

²⁷ Az állampolgári jogok országgyűlési biztosságának jelentése megállapította, hogy a kirendelt védő tevékenysége igazságszolgáltatási rendszerünkön belül nem véd a hatósági túllapásokkal, tévedésekkel szemben. (32. p.)

²⁸ Az állampolgári jogok országgyűlési biztosa jelentésében rámutat, hogy a büntetőeljárásban az iratokról készített másolatért a törvényben meghatározott illetéket kell leróni. Ennek megelőzése nem várható el a kirendelt védőtől. (30. p.)

²⁹ NORBERT VOGELSANG: i. m. 234. p. Kutatásai szerint hasonló ügyekben a különböző mértékű munkadíjak nem változtattak a védelem minőségén.

Ettől függetlenül szükséges lenne a díj megfelelő mértékű, legalább inflációkövető emelése. Ezt alátámasztja az a tény is, hogy a megkérdezett ügyvédek, ügyészek és bírák közül egyetlen sem tartotta a díj összegét elegendőnek.

Elengedhetetlen lenne továbbá a kirendelt védők munkájuk ellátásánál felmerülő indokolt költségek állam általi megtérítése is.

Többször felvetődött, hogy a törvényi szabályozás nem elég részletes, nem határozza meg közelebbről a védő feladatait, így annak teljesítése teljes mértékben az ügyvéd lekiismeretétől függ. Indokolt lenne a részletesebb törvényi, vagy egyéb jogszabályokban előírt szabályozás is, melynek során a védői tevékenységet közelebbről meghatároznák, így ezzel az eljárásban részt vevő ügyvéd köteles lenne bizonyos minimum tevékenységet kifejteni. Például bizonyos eljárási cselekményeknél való kötelező jelenlét, bizonyos iratok kötelező megismerése.³⁰

Ha valóban szükségét érezzük az ügyvéd részvételének, akkor annak hatékonyságát a magyar büntetőeljárási rendszerben biztosítani kell. Ezt nem lehet csupán egyszerűen az eljárási szabályok lazításával, a védelem részére történő engedményekkel megvalósítani, hanem csakis összetettebb megoldási lehetőségekkel. A kirendelt védőt mindenféleképpen érdekeltté kell tenni az ügyben, különben látványos eredményt nem lehet elérni. Nem várható el az ügyvédtől, hogy minden érdekeltség nélkül maximális teljesítményt nyújtson. Természetesen emellett egyrészt biztosítani kell a már meglévő szabályok érvényesülését, másrészt csak fokozatos változtatások hozhatnak valós javulást a kérdésben.

A kirendelt védelemmel kapcsolatos kérdőíves kutatások a jogintézmény több vizsszásságára rávilágítottak. A vizsgálat nehézségei pedig eltörpülnek az eredményes megoldások megvalósításának problémái mellett, de hisszük, hogy ezzel az elemzéssel néhány lépést tettünk a kirendelés, mint jogintézmény tökéletesítésének útján.

³⁰ Gyöngyi Gyula szerint egyes védői kötelezettségeknek részletesebben már a törvényekben (büntetőeljárási törvény, ügyvédi törvény) meg kellene jelenniük. GYÖNGYI GYULA: *A védelem érvényesülése a gyakorlatban*. Jogtudományi Közlöny 1975 október. 585. p.

Irodalomjegyzék

- ANDREAS JAGER: *Notwendige Verteidigung im Bussgeldverfahrend*. Strassburg 1994.
- ANGYAL PÁL: *A magyar büntető eljárásjog tankönyve*. Budapest 1915.
- AUER GYÖRGY: *Magyar bünvádi eljárási jog*. Budapest, 1938.
- Az Állampolgári Jogok Országgyűlési Biztosának jelentése a kirendelt védővel rendelkező fogva tartott személyek védelméhez való jogának érvényesülése a büntetőeljárás nyomozati szakában 1996.
- Az Országos Ügyvédi Kamara 1992. December 14-én tartott teljes ülésének határozata „Az ügyvédi hivatás magatartási szabályairól” 1992.
- BADÓ ATTILA – LOSS SÁNDOR – H. SZILÁGYI ISTVÁN – ZOMBOR FERENC: *Bevezetés a jogszociológiába*. Miskolc, 1997.
- BADÓ ATTILA: *Társadalomtudósok a bíróságon*. Jogtudományi Közlöny, 1994 január.
- BALOGH JENŐ: *A büntető perjog*. Budapest, 1906.
- BALOGH JENŐ: *Magyar bünvádi eljárási jog*. Budapest, 1901.
- BOLGÁR GYÖRGY – KÁRPÁTI LÁSZLÓ – TRAYTLER ENDRE: *A bűnügyi védő munkája*. Budapest, 1965.
- CSÉKA ERVIN: *Megjegyzések az új büntetőeljárás kódex koncepciójához*. Acta Juridica et Politica, 1998. Szeged.
- GYÖNGYI GYULA: *A védelem érvényesülése a gyakorlatban*. Jogtudományi Közlöny, 1975 október.
- HANS HEINER KÜHNE: *Strafprozesslehre*. Kehl am Rhein, Strassburg, Engel, 1982.
- HARTMAN-HILTER JOST: *Notwendige Verteidigung und Pflichtverteidigung im Jugendstrafverfahren*. Köln, 1989.
- HORVÁTH JÓZSEF: *A büntetőtárgyaláson tanúsított védői magatartás etikája*. Magyar Jog és Külföldi Jogi Szemle, 1975. március.
- IRK ALBERT: *A magyar büntető perjog vezérfonala*. Pécs, 1931.
- JEROMY FRANK: *Courts on trial*. Princeton, New Jersey, 1949.
- KARL BINDING: *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*. München, Leipzig, 1915.
- KIRÁLY TIBOR: *A védelem és a védő a büntetőügyekben*. Budapest, 1962.
- MANFRED HAHN: *Die notwendige Verteidigung im Strafprozess*. Köln, 1975.
- Móra Mihály – Kocsis Mihály: *A magyar büntető eljárási jog* Budapest 1961
- NORBERT VOGELSANG: *Die notwendige Verteidigung im deutschen und österreichischen Strafprozessrecht*. Magdeburg, 1992.
- POKOL BÉLA: *A jog szerkezete*. Budapest, 1991.
- SCHNEIDER BERND: *Notwendige Verteidigung und Stellung des Pflichtverteidigers im Strafverfahren*. München, 1979.
- Strafprozessordnung, erläutert von Dr. Theodor Kleinknecht Prof. Uni. Erlangen-Nürnberg, fortgeführt von Karlheinz Meyer vorsitzender Richter am Kammergericht München 1985
- VARGA ENDRE: *A hivatásos ügyvédi osztály kialakulása*. Budapest, 1937.

ZSOLT NAGY

SOCIOLOGICAL RESEARCH ON THE INSTITUTION OF
ASSIGNED COUNSEL FOR THE DEFENSE

(Summary)

The quality and effect of the proceedings of the defense counsel will be discussed in this essay. The institution of the assigned counsel is a very significant aspect of this topic.

Based on some theoretical considerations we have attempted to point out the differences between the attitude of a chosen and assigned counsel. Thus we have studied whether an effective defense could be enforced by the rules of criminal procedure.

We consider the defense counsel (including the assigned counsel) in theory and practice as well. Afterwards a brief history of the Hungarian criminal procedure and other relevant rules will be presented. In connection with this the results of a research by questionnaire will be set forth. After pointing out the shortcomings we propose solutions for the important problems.

ÖRKÉNYI LÁSZLÓ

Az alkalmazottak által harmadik személynek okozott károkért való felelősség

Bevezetés

Az alkalmazottak károkozásaiért való felelősség intézménye a modern jogfejlődés terméke, melyet az ipari forradalom által előidézett társadalmi-gazdasági változások, s a nyomukban a jogrendszerrel szemben támasztott új igények hívtak életre a múlt század végén. A más érdekében végzett munka uralkodóvá válásával, valamint az alkalmazottakra bízott tevékenységek okozta károk gyakoriságának és mértékének növekedésével a társadalom új, igazságos megoldást követelt ezeknek a károknak az elosztására és megtérítésére. Azonban a vétkességen alapuló hagyományos római jogi felelősségi rendszer alapján nem lehetett elfogadhatóan rendezni e kérdéseket.

Hasonló okok miatt szintén ekkor merült fel a veszélyes, vagy nagy kiterjedésű üzemek által okozott károkért való fokozottabb felelősség bevezetésének igénye. E tényezők együttes hatására végül megindult a vétkességi rendszer bomlása,¹ és annak korlátait szétfeszítve kialakult az objektív, vétkesség nélküli felelősség intézménye, majd némi késéssel a jogtudomány kidolgozta ennek elvi háttérét is. De a fejlődés csak a veszélyes üzemek terén hozott áttörést, mert a másik motiváló tényezőt jelentő alkalmazotti károkozásért való felelősség kérdése megválaszolatlan maradt.

Ez a megállapítás azonban nem minden ország vonatkozásában volt maradéktalanul igaz, s ezzel el is érkeztünk a vizsgálódás témaválasztásának második, a kérdésnek a jogfejlődésre gyakorolt kiemelkedő jelentőségén túli okához. A századfordulón ugyanis a magyar bírói szervezet a nemzetközi jogfejlődéstől némileg függetlenül az ilyen ügyek egyértelműen objektív alapon történő elbírálásának gyakorlatát építette ki, és ezzel az általános jogfejlődés élvonalába juttatta a magyar kártérítési jogot. Ezt tetőzte be a Magyar Polgári Törvénykönyv készülő tervezete (a továbbiakban: tervezet) amely az összes akkor ismert, valamint frissen alkotott objektív felelősségi eseteket egybegyűjtve, és külön fejezetben szabályozva valóban rendkívülit alkotott.

¹ A vétkességi felelősség fogalma korábban egyértelműen szubjektív alapú felelősséget jelentett, azonban az elmúlt évszázadban a vétkesség formalizálódásával a felelősségi forma fokozatosan objektivizálódott, ezért a vétkesség ma a polgári jogban egy kissé eltérő tartalommal bír: a jogalanyokkal szemben felállított elvárhatósági mércét jelenti. A feldolgozott és hivatkozott korabeli források következetesen vétkességről, vétkességi felelősségről beszélnek, ezért – azon hagyományos, egyértelműen szubjektív felelősséget értve – én is kitarok e terminológia mellett.

A témaválasztás harmadik indoka, hogy a rendszerváltást követően a kérdés ismét aktualissá vált az Alkotmánybíróságnak (a továbbiakban: AB) a hatályos Polgári Törvénykönyv (a továbbiakban: Ptk.) ide vonatkozó 348. §-ának (2) bekezdését hatályon kívül helyező döntése folytán.

A dolgozat tehát az alkalmazottak károkozásaiért való felelősség évszázadnál is hosszabb hazai fejlődéstörténetének bemutatására vállalkozik. A jogintézmény előzményeinek a római jogig visszanyúló rövid ismertetését követően a vétkességi rendszer és az objektív felelősségi alakzatokkal kapcsolatos új dogmatikai elképzelések megjelenését lehetővé tevő körülményekre térek ki, majd megkísérlem lépésről lépésre felderíteni azt a logikai utat, amelyet bejárva a jogalkalmazás a korai jogalkotási termékekből kiindulva kialakította az alkalmazottak által okozott károk felvetette gyakorlati kérdéseknek a modern felelősségi elméletekkel koherens megoldását.

A dolgozat következő része azt vizsgálja, hogy miért nem jelenhetett meg e haladó gyakorlat a modern polgári jogi kodifikáció akkor fogalmazódó termékeinek végső szövegében, végül pedig a jelenleg is hatályos szabályozás rövid történetét, értelmezési nehézségeit és gyakorlatát mutatom be.

Történeti előzmények

Római jogi gyökerek

A szerződésen kívüli károkozás, s mint ilyen, az alkalmazott károkozásáért való felelősség szabályai az elvi alapokat és a pozitív jogi tartalmat tekintve a római jogból öröklődtek át. Alapjukat Aquilius néptribun i. e. 3. században hozott plebiszcituma (lex Aquilia) jelentette, mely a rabszolga vagy barom megölése, megsebzése, vagy más dolog testi behatással (ütéssel, szúrással, égetéssel) történő megrongálása esetén, a tettetést az elpusztított (vagy megsebzett, megrongált) dolog értékének megtérítésére kötelezte.

A törvény tehát a károkozás néhány nevesített esetét deliktummá minősítette, és büntetés kiszabását rendelte el. E rendelkezés alkalmazása már a rómaiak idején jelentős kiterjesztést nyert, de ez mit sem változtat azon, hogy a lex Aquilia alá eső és a később alá vont esetek magándeliktumok voltak, melyeknek egyetlen szankciója a büntetés lehetett. Az is bizonyos, hogy a törvény megalkotásakor, a büntetés kiszabásának feltételül megjelölt injúria csak a rideg jogellenességet jelentette, tehát a felelősséget pusztán a külső, objektív tényállás megalapozta. Valószínűleg a posztklasszikus korra tehető az, amikor a tárgyi alapon berendezett felelősséget az aquiliai felelősség területén is felváltotta a szubjektív (vétkességi) felelősség.

Újkori változások

A felelősség alapja tehát megváltozott, de a jusztiniánuszi kor jogászai által konzervált deliktuális jellegét a fejlődés további lépcsőjeként csak a kommentátorok és glosszátorok tudták elhalványítani. A hagyományos római korlátozó szempontoktól ugyancsak mentes középkori és újkori római jogtudomány, valamint a gyakorlat érdeke, hogy a lex Aquilia alap gondolatával szakítva, nem csak testi károkra alkalmazta

azt. E tekintetben a fejlődés odáig jutott, hogy a német gyakorlatban a lex Aquilia keresetéből egy generális kártérítési kereset fejlődött ki.

A fejlődés elvi konzekvenciáit levonva a következő lépést a természetjogászok tették meg azzal, hogy nem a keret további tágításával operáltak, hanem kimondták: „a tilos cselekmény, már e minőségénél fogva, önmagában (a büntetethez való jogtól függetlenül) megtérítési kötelezettséget szül”.² A természetjogászok érdeme tehát, hogy ez a bármely tilos cselekmény alapján fennálló általános kártérítési kötelezettség átment a 18.–19. század fordulóján keletkezett európai kodifikációkba. (1794: porosz Landrecht; 1804: Code Civil; 1811: Osztrák Polgári Törvénykönyv, a továbbiakban: OPTK)

A modern jog tehát mindössze annyit tett, hogy a lex Aquilia-n alapuló ősi intézményt átvette, eltüntette annak deliktualis jellegére utaló büntetőszankciót, s helyébe a kártérítést tette. Ettől azonban a másik jellegzetesség, az, hogy a felelősség vétkességen alapult, továbbra is fennmaradt, és akadályozta a további fejlődést. „A vétkesség nem elég széles alap arra, hogy rajta a társadalom védelmét kellőképp szolgáló felelősségi rendszer felépüljön. A vétkesség elegendő alapja a büntetésnek, ... de a kár célszerű viseléséről haladottabb törvényhozónak gondoskodnia kell ott is, ahol az összeütközésbe került felek egyikét sem érheti morális szemrehányás.”³

Ilyen helyzetekből pedig, amikor egyik ember a másiknak akaratlanul, észrevétlenül, kivédhetetlenül és vétkesen kárt okoz, már a múlt században is egyre több volt, és ezt a jog sem hagyhatta válasz nélkül.

A hagyományos felelősségi rendszer elleni támadások másik célpontja az volt, hogy a felelősség alapjául szolgáló vétkesség bizonyításának kívánalma a feleket egyenlőtlen helyzetbe hozza, sőt a károsultat rendkívül hátrányosan érinti, mert a bizonyításhoz szükséges tényeket ő nem ismeri és nem is ismerheti. Ez, az először a veszélyes üzemek működése által okozott károk megtérítése iránti perekben felmerült, és a német jogtudományban bizonyítási szükséghelyzetnek (Beweisnotstand) elnevezett probléma az alkalmazottak károkozásainál is jelentkezik. Egy nagyüzem működése közben beálló zavar által okozott kár esetén, hogyan tudná egy kívülálló bizonyítani, hogy az üzem mely szerve, berendezése, illetve alkalmazottja okozta azt, melyik működése volt ezek közül hibás?

A 19. század ipari fellendülése, a nagyvállalatok térhódítása, így az alkalmazottak nagy tömegeinek megjelenése által felvetett problémákra a válasz a régi rendszeren belül tehát nem volt tehát megjelölhető. A fent említett két kifogás felvetette az objektív alapú felelősségi rendszer szükségességét a szerződésen kívüli károk körében. Ennek azonban még a gondolata is heves ellenállást váltott ki a római jogban a 19. század folyamán bekövetkezett nagy felvirágzásával pozíciójában még jobban megerősödött vétkességi rendszer hívei között. Ám a fejlődés kerekét ők sem tudták visszaforgatni: a gyakorlati élet szükségletei az elmélet kidolgozatlanságának dacára kikényszerítettek néhány objektív felelősségi elveken alapuló törvényt. Ilyen volt az 1838. évi porosz vasúttörvény, az 1869. évi osztrák vasúttörvény és a később még megemlítendő 1871. évi, egyes ipari üzemek felelősségéről szóló törvény (Reichshaftpflichtgesetz, a továbbiakban: RHG). Mivel ezek a törvények egy, a vétkességi alapútól elkülönült, kivételes

² (31): SZLADITS KÁROLY: 64. §.

³ (31): SZLADITS KÁROLY: 794. p.

rendszer alkottak, az objektív felelősség létjogosultságát tovább tagadni nem lehetett, megindult a vétkes felelősség elvi alapjainak kutatása.⁴

Az objektív felelősség eszméje tehát még a múlt században polgárjogot nyert, de alkalmazása, sajnos, rendkívül szűk körre korlátozódott. Így megoldatlan maradt az alkalmazottak által okozott károkért való felelősség problémája, mivel a vétkességi rendszer segítségével nem lehetett megmagyarázni a felelősségnek azt a magas szintjét, ami már az akkori társadalmi-gazdasági színvonalon is szükséges lett volna.

A hazai fejlődés 1959-ig

A jogintézmény kialakulásának körülményei

Az alkalmazottakért való felelősség problémája hazánkban is a 19. század második felében merült fel. Voltak ugyan olyan törvényeink, amelyekben elismerésre és alkalmazásra talált az az elv, hogy az ügy ellátására kirendelt által okozott kárért maga a kirendelő is vétkességére tekintet nélkül felelőssé tehető,⁵ de a bírói ítélezésben ezek alkalmazásának nyoma nem lelhető fel.⁶

Magánjogi törvénykönyvünk ekkor még nem lévén, az igazságszolgáltatás a kis számú törvény mellett a magyar bíróságok gyakorlatában kialakult szokásjog alapján bonyolódott. Az alkalmazottak károkozásával kapcsolatban azonban mindkettő majdnem teljesen hiányzott, így a magyar jogfejlődés abba a kedvezőtlennek éppen nem nevezhető helyzetbe került, hogy törvényhozási alapok nélkül, de egy elavult régi kódex jelentette akadályoktól is mentesen, maguknak a bírácoknak vált feladatává, hogy annak irányát a józan ráció alapján megszabják.

Ennek jegyében Kúria, kisebb ingadozásokkal ugyan, de arra a jogi álláspontra helyezkedett, hogy a munkaadó saját vétkességére tekintet nélkül is felelős alkalmazottjának a rábízott teendők teljesítésében harmadik személynek jogellenes és vétkes cselekményével okozott kárért.⁷ Tette ezt annak ellenére, hogy az egész magyar szokásjog a római alapelve, a vétkességre épült (természetesen azokkal a már említett kivételekkel, amelyeket az OPTK is ismert). Bátornak tűnhet ez az újítás, de mint az ki fog derülni, mégsem minden előzmény nélküli.

Először is azt kell leszögezni, hogy az objektív felelősség gondolata a magyar jogtudományban is felmerült már korábban. Frank Ignác az „éretlen gyermek vagy esze-fogyott ember” okozta károk megtérítésére vonatkozó és az OPTK-ban is fellelhető (1310. §) szabályban rejlő elv szélesebb alkalmazását veti fel: „De úgy látszik, hogy aki javaiban kárt szenvedett maga hibája nélkül, már a saját igazsága erejével is a kár

⁴ Az eredmények részletes ismertetését lásd (31): SZLADITS KÁROLY: 815. p.

⁵ Zsigmond 1435. évi (II.) VI. decretumának 6. cikkely 1. §-a; Mátyás 1486. évi (VI.) decretumának 31. cikkely 1. §-a és 33. cikkelye; II. Ulászló 1492. évi (I.) decretumának 24. cikkelye; II. Ferdinánd 1625. évi decretumának 46. cikkelye; Ferenc 1827. évi (VIII.) decretumának 33. cikkely 1. §-a

⁶ Sem a Planum Tabulare, sem Péterfalvi Molnár Istvánnak az 1823. évben „Sententiae Excelsae Curiae Regiae” cím alatt közreadott gyűjteményes munkája nem tartalmazott ilyet.

⁷ E kérdés megítélése korántsem ilyen egyértelmű, a fentivel ellentétes álláspont olvasható a később részletesen ismertetendő 13. számú kúriai jogegységi döntvény indoklásában [(22): Magánjogi Döntvénytár, 65. p.], valamint a tervezet első szövegének indoklásában is. Lásd *A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének indoklása*. Grill k. 1901.279. p.]

helyreigazítását keresheti ... ; illőbb is, hogy akárkinek akárminő tette inkább magának ártson, mintsem másnak”.⁸

A másik fontos körülmény, hogy az OPTK hatálya ugyan hazánk területére is kiterjedt egy ideig, és ezáltal a magyar bírósági gyakorlatot befolyásolhatta volna, azonban az alkalmazottakra e törvény kielégítő szabályozást nem tartalmazott.⁹ Ezért alkalmazásának idején sem tudott olyan gyakorlat meghonosodni, amely a korábbtól idegen lett volna, később pedig a hazai elméleti és gyakorlati jogászok tudatosan igyekeztek magukat a törvénykönyv esetleges hatásai alól kivonni.

A harmadik tényező az RHG által ihletett, a „a vaspályák által okozott halál vagy testi sértés iránti felelősségről” szóló 1874. évi XVIII. törvénycikk¹⁰ megalkotása. Ennek 1. §-a kimondja:

„Ha valamilyen, habár a közforgalomnak még át nem adott vaspálya üzeménél valaki életét veszti, vagy testi sértést szenved, az ezáltal okozott károkért az illető vaspálya-vállalat felelős, kivéve, ha a vállalat bebizonyítja, hogy a halált vagy testi sértést elháríthatatlan esemény (vis major), vagy egy harmadik személynek elháríthatatlan cselekménye, melyet a vaspályatársulat megakadályozni képes nem volt, vagy a megholtak, illetőleg a sérültek saját hibája okozta.”

Ez eredetileg csak gőzvasutakra vonatkozott, de a gyakorlat kiterjesztette más hasonlóan veszélyesnek minősülő esetekre is (gőzhajókra, lőerejű vagy elektromos vontatású közúti vasutakra, és végül automobilocokra is). Így tehát a vétlen felelősség alkalmazása mindennapossá vált, bár a gyakorlat az osztrák példát követve a vasutak szigorított felelősségét a „vélelmezett vétkesség” segítségével igyekezett megmagyarázni, és a még mindig uralkodó vétkességi felelősségi rendszerbe préselni.

A német-osztrák gyakorlattól eltérő, sőt azzal ellentétes magyar szokásjog kialakulásának kulcsát azonban nem az előbb felsoroltak jelentik, hanem az, hogy a hazai jogba szerencsére nem került át az RHG 2. §-a, amely a halál vagy testi sértés esetére a bányá, kőfejtő, homokbánya vagy gyár üzem bentartójának felelősségét is megállapítja, de csak azzal a korlátozással, hogy a fenti kárt „egy meghatalmazott, képviselő vagy az üzemvezetéssel vagy a munkások fölügyeletével megbízott személy az ő szolgálata teljesítésében elkövetett hibájával” okozta.

Így a bíróságok három jogértelmezési „manőver” segítségével megalkothatták az új felelősségi konstrukciót. Kiindulásként az 1872. évi VIII. tc. 69. §-a, az 1884. évi XVII. tc. 114. §-a, és az 1893. évi XVIII. tc. 1. §-a¹¹ szolgáltak, amelyek kimondták:

⁸ MARTON GÉZA: i. m. 95. p.

⁹ OPTK 1315. §.

¹⁰ Ennek ismertetése előtt érdemes megjegyezni, hogy a jogtudományhoz hasonlóan a törvényhozásnak is volt egy sokkal korábbi, korszakalkotó újítást tartalmazó terméke: „az ország köz-javát és kereskedését gyarapító magányos vállalatokról” szóló 1836. évi XXV. törvénycikk. Az ország vasúti hálózatának kiépítését elősegítendő meghozott törvény kimondja a vállalkozók objektív jellegű felelősséggel tartoztak a harmadik személyeknek okozott károkért, ami a veszélyes üzemekért való felelősséget vetíti előre, másrészt megállapítja a vállalkozók mögöttes felelősségét alkalmazottaikért azok fizetési képtelensége esetén (ha ők, szintén objektív alapon felelősnek találtattak). Sajnos, ezt a törvényt az 1848. évi XXX. törvény hatályon kívül helyezte, és így feledésbe merült, de jelentősége így is rendkívüli, hiszen mindez a porosz vasúti törvény elfogadása előtt 8 évvel történt!

¹¹ 1872. évi VIII. tc.: Ipartörvény; 1884. évi XVII. tc.: Ipartörvény; 1893. évi XVIII. tc.: Az ipari és gyári alkalmazottak baleset elleni védelméről és az iparfelügyelőről szóló törvény.

"Minden gyáros köteles saját gyárában, saját költségén mindazt létesíteni és fenntartani, ami tekintettel az iparüzlet és telep minőségére, a munkások életének és egészségének lehető biztosítására szolgál".

Ennek pusztá elmulasztását is kihágásnak minősíti az utóbbi törvény 37. §-a, és ki mondja:

"Az, aki a jelen törvényben előírt kötelezettségek teljesítését elmulasztja, kihágást követ el, és az alább megállapított pénzbüntetéssel sújtandó, – fennmaradván úgy polgári, mint büntető törvény szerinti felelőssége, ha mulasztása miatt valamely baleset történt".

Az első újítás az volt, hogy a gyáros „polgári törvény szerinti” felelősségét az 1874. évi XVIII. tc-ben találták meg. Alkalmazását kiterjesztették az RHG át nem vett 2. §-ának eseteire, sőt minden más veszélyes üzemre és berendezésre is, mikor a kár a berendezés hibájából keletkezett balesettel kapcsolatban merült fel. A berendezés hibája önmagában megalapozta az üzemtulajdonos felelősségét, ugyanis annak vétkeességét a gépek hibája és a védőberendezések létesítése körül mindig vélelmezték.¹²

De tették ezt úgy, hogy a kárt az 1874. évi XVIII. tc-ben található megszorítás nélkül (halál vagy testi sértés) értelmezték (második újítás), kiterjesztve ezzel a felelősséget a dologban beállott károokra is.

A harmadik lépésben az ekként kialakított vétlen felelősséget nemcsak az üzemben alkalmazottak, hanem az üzemen kívül álló más károsultak javára is alkalmazták.

Kodifikációs munkálatok 1915-ig

A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének a századfordulón megjelent első szövegének szerkesztői elismerték a vétkeesség nélküli felelősség létjogosultságát, és azt mint a hagyományos felelősségi rendszer kiegészítőjét fogták fel. A tervezet, amely egyébként érthetően erős német befolyás alatt állt, ettől és minden más korábbi kódextól magát függetlenítve már ezzel is korszakalkotó reformokat vitt keresztül a kártérítési jogban: a „Törvényből folyó egyes kötelmek” cím alatt összegyűjtve tartalmazta az addig is ismert és új vétlen felelősségi eseteket.

Ennek számunkra fontos következménye az, hogy az alkalmazottért való felelősség problémáját két, egymástól távol elhelyezkedő §-ban tárgyalta a tervezet. A munkaadó vétkeessége esetén a „Tiltott cselekmények” cím alatti 1091. § szerint felelt:

"A ki oly személyt tart szolgálatában vagy alkalmaz megbízottjaként, a kiről tudja vagy tudhatná, hogy tulajdonságainál fogva másokra veszélyessé válhatik, az felelős az említett személy által másoknak jogellenesen okozott minden kárért, a melynek keletkezésére a szolgálati viszony vagy a megbízás szolgáltatott alkalmat.

A ki a szolgálatában álló személyek feletti felügyeletet, a melyre törvényről fogva vagy a szolgálat természete szerint kötelezve van, vétkeesen elmulasztja,

¹² Ezt nevezték az ipari culpa tanának, amely látszólag a vétkeesség elvére épült, de valójában tárgyi felelősséget foglalt magában MARTON GÉZA: i. m. 94. p., (31): 847. p.

az felelős az említett személyek által másoknak jogellenesen okozott minden kárért, a melynek keletkezését a felügyeleti kötelesség elmulasztása tette lehetővé.

A jelen §-ban meghatározott felelősség a munkaadóval, illetőleg megbízóval együtt azt is terheli, a ki ezzel szemben az alkalmazott vagy megbízott megválasztására vagy a felügyelet gyakorlására szerződésileg vállalkozott. "

A munkaadó vétlensége esetén fennálló felelősségét a „Törvényből folyó egyes kötelek” cím alatt található 1789. § szabályozta:

A munkaadó felelős azért a kárért, a mit alkalmazottai a reájuk bízott teendők teljesítésében harmadik személynek jogellenes cselekmény által vétkezen okoznak.

Ugyanaz áll megfelelően a családfőről a ki a háztartásban élő családtagot bíz meg valamely teendővel.

Ez a megkülönböztetés azonban a munkaadó vétkességén vagy vétlenségén túl mást is takar. Az 1091. § alapján az alkalmazott által a „teljesítés alkalmából”, 1789. § alapján pedig a „reája bízott teendők teljesítésében” okozott károkért felel, melyet a tervezet indoklása így magyaráz: „indokolatlan volna a felelősséget azon a határon túl terjeszteni, a meddig a szolgálati viszony s a károkozás között a causalis kapcsolat terjed”¹³. Ennek gyakorlati következménye az, hogy a munkaadó nem fog felelni az alkalmazott szándékos deliktumaiért (pl. lopás, vagyonrongálás).

A tervezet az angol–amerikai jog álláspontját magáévá téve középúton van a francia–olasz és a hagyományos, pandektajogon alapuló törvénykönyvek megoldása között.¹⁴ Az 1091. § csak az olyan károkra vonatkozik, amelyekre a szolgálati viszony adja az alkalmat, és az 1. bekezdés szerint a munkaadót a kiválasztás, a 2. bekezdés szerint a felügyelet tekintetében mulasztás terheli. Az 1. bekezdésnél további feltétel, hogy „a kár azzal a veszélyes tulajdonsággal áll kapcsolatban, amelyről a megbízó tudott, vagy tudhatott volna”.¹⁵ A 2. bekezdés kiegészítő feltétele, hogy a kár keletkezését a felügyeleti kötelezettség elmulasztása tette lehetővé. Fontos körülmény még, hogy e § vonatkozásában nem feltétel az alkalmazott vétkessége: „a kártérítési kötelezettség itt a munkaadónak vagy a megbízónak saját vétkességéből ered”.¹⁶

Az 1789. § csak a munkaadók állandó alkalmazottainak károkozásaira vonatkozik. Ideiglenes szolgálati viszonyoknál az indoklás szerint nincs szükség felelősség „statuálására”.

A tervezet nyilvánosságra hozatala után az Igazságügyi Minisztérium Állandó Bizottsága a beérkezett véleményeket összegezte és elemezte. A bennünket érdeklő két § kapcsán beérkezett észrevételek a következő témákat érintették:

1. Egyesek szerint a kérdés megoldásához a vétkességi elv is elegendő lett volna, így túl szigorúnak találták az 1789. §-t, bevezetése esetén a forgalmi élet ellehetetlenü-

¹³ *A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének indoklása.* Grill k. 1901. 640. p.

¹⁴ Az előbbi szerint a munkaadó vétkes vagy vétkes felelőssége arra a kárra is kiterjed, amit az alkalmazott a rábízott teendők teljesítésének alkalmával okoz, míg az utóbbiak a culpa in eligendo at insciendo elvét vallva, csak a kiválasztás és felügyelet körüli vétkessége esetén marasztalják.

¹⁵ *A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének indoklása.* Grill k. 1901. 280. p.

¹⁶ *A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének indoklása.* Grill k. 1901. 280. p.

lését jóskolták, és helyette a BGB 831. §-ának¹⁷ átvételét ajánlották. A Bizottság tagjai ennek elvetését azzal támasztották alá, hogy az 1789. § elhagyásával túl nagy eltérés keletkezne a szerződéses és a szerződésen kívüli felelősség között, ugyanis előbbi esetében a tervezet 956. §-a érvényesíti a teljesítési segédekért való objektív felelősséget. Egyébként pedig az ilyen objektív gyakorlatot folytató országokban sem volt tapasztalható a forgalmi élet gátlása.¹⁸

2. Mások ezzel épp ellenkezőleg, a francia modell mellett álltak ki (a munkaadó ne csak a teljesítésben, hanem a teljesítés alkalmával okozott károkért is az 1789. § alapján feleljen), mert az 1789. § és az 1091. § között az alkalmazotti minőség és a károkozás viszonylatában fennálló okozati összefüggés szorosságának tekintetében szerintük csak fokozati különbség van, amely elvi elhatárolásra alkalmatlan: „a szolgálati viszony sosem közvetlen oka az alkalmazott tiltott cselekményének, hanem mindig csak alkalmat szolgáltat reája”.¹⁹

3–4. Ezeket az indítványokat, amelyek az 1789. §-nak az „ideiglenes alkalmazottra és a megbízottra” való kiterjesztését követelték arra való hivatkozással, hogy a tervezet indoklásában felhozott érvek rájuk is érvényesek, jogosnak találták. Elfogadásuk helyénvaló azért is, mert a károsodott harmadik személy szempontjából a felek egymás közötti viszonya indifferens.

5. Javasolták továbbá a két § egymás közti viszonyának tisztázását, és annak hangsúlyozását, hogy a konkrét esetben mindig az 1789. § alkalmazhatósága vizsgálendő először, és az 1091. § csak ezek után hívható fel, mint szubszidiárius szabály, mely indítványt a Bizottság szintén akceptált.

Felmerült, hogy indokolatlan a tervezetnek az a megszorítása, hogy a munkaadó csak az alkalmazott vétkes cselekményéért felel, ugyanis az „1789. § körében nem azért kell a munkaadónak felelnie, mert munkása vétkes, hanem azért, mert megvan a causalitás az okozott kár és a munkaadó érdekében való eljárás között”. A fokozott felelősség alkalmazását tehát nem az alkalmazott vétkességétől, hanem a causalitás szorosságától kell függővé tenni. Ennek az elbírálását, vagyis az objektív felelősség határának megállapítását pedig a jogalkalmazásra kell bízni. Ezt a többség összeegyeztethetetlennek találta a tervezet 1778. §-ába foglalt azzal a szabállyal, hogy a vétlen kár okozásáért fennálló felelősség megállapítása méltányossági érdekekhez van kötve, és ezért elvetette.²⁰

¹⁷ Ez kimondja: „A ki mást valaminek az elintézésével biz meg, azt a kárt, melyet ez a rábízott dolog elintézése közben más, harmadik személynek jogellenesen okozott, megtéríteni tartozik. A kártérítési kötelezettség nem forog fenn, ha a megbízó a megbízott személy megválasztásánál és a mennyiben ennek készülékeket és felszereléseket kell beszereznie, vagy a dolog kivitelét kell vezetnie, a beszerzésnél vagy vezetésnél a forgalom követelte gondossággal jár el, vagy ha a kár ily gondosság kifejtése mellett is származhatott volna.”

¹⁸ Szintén a javaslat ellen szól König Vilmos későbbi, de idevágó cikkében, a német gyakorlatra, mint követendő példára való hivatkozással kapcsolatban pedig kifejti, hogy számtalan német birodalmi törvényszéki ítélet tanúsítja, a 831. § nem elégíti ki a jogérzetet, ezért a bíróságok kénytelenek erőltetett interpretációkat alkalmazni. Egyik módszer szerint úgy veszik, mintha a kirendelt személy a teljesítés körül okozott volna kárt és az erre vonatkozó 278. §-t alkalmazzák, másrészt az exculpáció követelményeit próbálják mind feljebb emelni. KÖNIG VILMOS (1916) 177. és 525. p. valamint SZIGETI LÁSZLÓ: i. m. 271. p.

¹⁹ *Főelőadmány*, VII. köt. 454. p., hasonlóan MARTON GÉZA: i. m. 192. p.; A Bizottság ezzel szemben így érvelt: „A pusztá alkalom nem elégséges alap arra, hogy a munkaadó vagy a megbízó ezen az alapon felelőssé tétessék.” *A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének bizottsági tárgyalásai*. Grill k. 1909.154. p.

²⁰ A javaslat mégsem maradt hatástalan, mert a tervezet második szövegébe 1486. § alatt bekerült méltányossági szabály miatt a munkaadó, ezen keretek között az alkalmazott vétlensége esetén is felelt.

A Bizottság elfogadta az objektív felelősség elvét az alkalmazottak károkozásainak esetében, de fenntartotta a tervezetben szereplő, az okozati összefüggés szorosságán alapuló megkülönböztetést. Jelentős módosítást javasolt a felelősség alanyi, valamint a megállapítását megalapozó tevékenységek körének tekintetében.

A Bizottság által összeállított főelőadmány tartalmaz egy olyan javaslatot is, hogy az 1091. § esetében, a BGB 381. §-ának mintájára forduljon meg a bizonyítási teher: a munkaadó legyen köteles magát exkulpálni, vagyis vétlenségét a kiválasztás és felügyelet tekintetében bizonyítani (a bizonyítási szükséghelyzet miatt). Ez ellen azt hozták fel, hogy szükségtelen és méltánytalan a munkaadó helyzetét tovább súlyosbítani, mert a tervezet az 1789. § által már úgyis túlmegy a BGB-n azáltal, hogy ahol a német törvény kimentést enged, ott nálunk a munkaadó feltétlenül felel. Az exculpációnak culpa in eligendo tekintetében azért sincs jelentősége, mert annak bizonyításával, hogy a munkakönyv vagy a cselédkönyv rendben van, könnyen teljesíthető. A bizottsági tárgyalások során a kérdés nem került szóba, a tervezet második szövegébe némileg rejtélyes módon, az ellenvélemények dacára mégis bekerült.

A bizottság tehát a kritikák és a tárgyaláson elhangzott vélemények figyelembevételével elkészítette a tervezet második szövegét, melyet 1913. május 25-én, a jogászegylet diszülésén mutattak be. Az igazságügy-miniszter által igen hamar (1913. október 8-án) az országgyűlés elé terjesztett törvényjavaslat szövege néhány ponton eltért ugyan a szövegváltozattól, de a változások az idézni kívánt paragrafusokat és azok indoklását nem érintették, ezért a tervezet második szövegével külön foglalkoznunk nem is kell. A javaslat tehát így rendelkezett:

1470. §

Aki valamely ügyének ellátására maga helyett mást rendel ki, az felel minden kárért, a melyet a kirendelt a reá bízott teendők alkalmából harmadik személynek jogellenesen okoz, hacsak azt nem bizonyítja, hogy a kirendeltnek megválasztásánál, s amennyiben felügyeletre vagy utasításadásra volt szükség, ennél is a kellő gondosságot kifejtette, vagy hogy a kár a kellő gondosság kifejtése esetében is bekövetkezett volna.

Ugyanily felelősség terheli azt is, aki az 1. bekezdés szerint felelős személy irányában a kirendeltnek megválasztására, a felügyelet gyakorlására vagy az utasításadásra szerződéssel vállalkozott.

Az 1494. § szerinti felelősséget az itt szabályozott felelősség nem érinti.

1494. §

Aki valamely ügyének ellátására maga helyett mást rendel ki, az felel azért a kárért, amelyet a kirendelt az ügykörébe eső teendők teljesítésében harmadik személynek jogellenes cselekménnyel vétkesen okoz. Ez áll különösen a munkaadóról és a megbízóról azon kár tekintetében, amelyet a munkavállaló vagy a megbízott okoz ekként harmadik személynek.

Az olyan kárért amelyet a kirendelt az ügykörébe eső teendők teljesítésében harmadik személynek jogellenesen ugyan, de vétkesen okoz, a kirendelő csak az 1486. § korlátai között felel.

Az 1. és 2. bekezdés szabályai az egyesületekre, alapítványokra és egyéb jogi személyekre a törvényes képviselőjük által harmadik személynek okozott kár tekintetében megfelelően állnak.

A szüksézávú indoklás a korábbihoz hasonlóan érvel az objektív felelősség mellett, de az eredeti szöveghez képest bekövetkezett változásokat nem magyarázza, ezek azonban a szöveg elkészültét megelőző viták ismeretében jól észrevehetőek és érthetőek. Mindössze az 1494. § 3. bekezdéséhez fűz annyit, hogy annak bevezetését az indokolja, hogy méltánytalan volna, ha a jogi személy csekélyebb mértékben felelne képviselőiért, mint az ezek által kirendelt személyekért. A jogi személy csak képviselői által cselekedhet, így e képviselők cselekményei a jogi személy cselekményeinek tekintendők.

A javaslatot ezek után az 1910. évben összehívott országgyűlés által kiküldött 50 tagú bizottság tárgyalta meg, amely az általa módosított szöveget (bizottsági szöveg: Bs) és annak indoklását 1915. május 5-én terjesztette az országgyűlés elé:

1473. §

Aki valamely ügyének ellátására maga helyett mást rendel ki, az felel azért a kárért, amelyet a kirendelt az ügykörébe eső tennivalók teljesítésében harmadik személynek jogellenesen okoz, hacsak nem bizonyítja, hogy a kirendeltnek kiválasztásánál, s amennyiben felügyeletre vagy utasításra volt szükség, ennél is a kellő gondosságot kifejtette, vagy hogy a kár kellő gondosság kifejtése esetében is bekövetkezett volna.

Az 1489. §²¹ korláta között azonban a kirendelő a kirendelt által harmadik személynek jogellenesen okozott kárért akkor is felel, ha vétlenségét az 1. bekezdéshez képest bizonyítja, valamint akkor is, ha a kirendelt a kárt nem az ügykörébe eső tennivalók teljesítésében, hanem csak azok alkalmával követte el.

Az 1. bekezdésben meghatározott felelősség terheli azt is, aki a kirendelő felelős személy irányában a kirendeltnek megválasztására, a felügyelet gyakorlására vagy az utasításadásra szerződéssel vállalkozott.

A parlamenti bizottság tehát a javaslat 1470. §-át és az 1494. §-át összeolvasztva mérsekelte, és vétkességi alapra helyezte²² a kirendelő objektív felelősségét a teljesítésben okozott károkért. Mindezt azzal indokolta, hogy gazdasági életünket hátrányosan érintené, ha a gazda nálunk súlyosabb felelősséggel lenne megterhelve, mint a szomszédos német területeken van, amellyel sűrű érintkezésben vagyunk.

Ezzel nemcsak a korábbi magyar joggyakorlattal, és a modern jogfejlődés által kijelölt úttal szakított, hanem egy ellentmondásos és logikátlan szabályozást valósított meg. Fenntartotta a teljesítésben és a teljesítés alkalmával okozott károk közötti megkülönböztetést. Az előbbi esetben az 1. bekezdés alapján akár vétkes volt maga az alkalmazott, akár nem a gazda a saját vétkessége miatt felelt, ennek hiányában pedig (2. bekezdés 1. fordulat) a méltányossági szakasz szerint.²³ Az utóbbi esetben csak a méltányossági szakasz alapján felelhet. Ez azonban oda vezet, hogy a gazda felelősségét emberének a teljesítés alkalmával véghezvitt erőszakos cselekményével okozott károkért akkor sem lehetne megállapítani, ha ilyen természetéről tudomása volt.

²¹ Ez a méltányossági szakasz, melynek száma a bizottsági szövegben változott 1489-re.

²² Erre vonatkozóan lásd KÖNIG VILMOS (1916): i. m. 526. p., valamint SZIGETI LÁSZLÓ: i. m. 271. p., és KÖNIG VILMOS (1928): i. m. 303. p.

²³ A méltányossági szakasz alkalmazásával a bizottság saját érvét cáfolja meg.

Így tehát a Bs. egy hibás és üres érvelésen alapuló, elrontott változatnak minősül, amin csak igen keveset változtat az, hogy a méltányossági szakasz alkalmazását logikátlanul ugyan, de szerencsére fenntartotta.

A hazai fejlődés „kisiklása”

A javaslat – és minden hibája ellenére sajnos a Bs. is – nagyon hamar érezhető hatással volt a jogszolgáltatásra. A Kúria jogegységi tanácsának²⁴ 1916. szeptember 23-án kelt 13. számú polgári jogi döntvénye a következőket tartalmazza:

Aki valamely ügyének ellátására maga helyett mást rendel ki, azért a kárért, amelyet a kirendelt az ügykörébe eső teendők teljesítésében harmadik személynek jogellenesen okoz, csupán saját vétkecsége esetében felel. Ez a vétkecség nem forog fenn, ha a megbízó bebizonyítja, hogy a kirendeltnek megválasztásánál s amennyiben felügyeletre, utasításra, vagy a tennivalók teljesítéséhez eszközök nyújtására van szükség, ennél is a kellő gondosságot kifejtette, vagy hogy a kár a megbízónak a kellő gondossága kifejtése esetében is bekövetkezett volna.

Ez a szabály nem érinti azokat a külön eseteket, amelyeknél a tárgyi felelősséget külön törvény vagy külön bírói gyakorlat állapítja meg.

A döntvény az indoklásában felhozott, egymásnak ellentmondó bírósági határozatokra hivatkozva látta indokoltnak a kérdés elvi szintű eldöntését. A tanács vélekedése szerint kártérítési jogunknak akkori rendszere a vétkecség elvére volt építve, így a döntvény – megszüvegezőinek álláspontja szerint – a fennálló jogszokást védte. A tárgyi felelősség létjogosultságát elismerve ugyan, de azt rögtön kivételesnek is minősítve, alkalmazását csak korlátozott körben, és csak fejlett iparral, gazdasággal, erős munkássztállyal rendelkező országokban látta indokoltnak.²⁵

Ez a döntvény és főleg annak indoklása heves támadásokat váltott ki.²⁶ A vele kapcsolatos fenntartásait egy tanulmányban foglalta össze Túry Sándor.²⁷ Több mint 80 ilyen tárgyú bírósági döntést megvizsgálva arra a következtetésre jutott, hogy a Kúria véleménye nem megalapozott a korábbi magyar bírósági gyakorlat megítélését tekintve. A Kúria döntéseinek többsége igenis az objektív felelősség álláspontján van, és a kevés számú ellentétes ítéletet hozó, és azt kellőképpen meg nem indokló tanács szintén visszatért a régi gyakorlathoz. Ebből pedig csak a Kúria álláspontjával ellentétes következtetés vonható le.

²⁴ A polgári perrendtartás életbeléptetéséről szóló 1912. évi LIV. tc. (Pp.) 70. §-a 1. bekezdésének 2. pontja alapján, ha a Kúria ellentétes elvi alapon nyugvó határozatokat hozott, vagy az alsóbb bíróságok egymással ellentétes gyakorlatot folytattak, és azt a Kúria elnöke az igazságszolgáltatás egységének megóvása érdekében szükségesnek tartotta, akkor a vitás kérdést a Kúriának erre a célra alakított tanácsa, a jogegységi tanács döntötte el.

²⁵ *Magánjogi Döntvénytár*, X. köt. 289. p.

²⁶ E tárgyban született König Vilmos korábban idézett cikkei is.

²⁷ TÚRY SÁNDOR: i. m.

Valószínűleg e vitáknak és támadásoknak is szerepe volt abban, hogy röviddel később (1917. január 20-án) a Kúria teljes ülésének 84. számú polgári döntvénye (a továbbiakban 84. sz. TÜH) a korábbi döntvényt hatályon kívül helyezte és kimondta:²⁸

Aki valamely ügyének ellátására maga helyett mást rendel ki, azért a kárért, amelyet a kirendelt az ügykörébe eső teendők teljesítésében harmadik személynek jogellenesen okoz, csupán saját vétkessége esetében felel. Ez a vétkesség nem forog fenn, ha a megbízó bebizonyítja, hogy a kirendeltnek megválasztásánál s amennyiben felügyeletre, utasításra, vagy a tennivalók teljesítéséhez eszközök nyújtására van szükség, ennél is a kellő gondosságot kifejtette, vagy hogy a kár a megbízónak a kellő gondossága kifejtése esetében is bekövetkezett volna.

Ez a szabály nem vonatkozik azokra az esetekre, amelyekre valamely külön törvény és amelyekre az üzem vagy foglalkozás veszélyessége, illetve terjedelme vagy természete alapján a bíró a vétkesség nélkül való felelősséget megállapítja.

Az első rész tehát kitartott a vétkességi elv mellett, és újabb érvekkel igyekezett azt megtámogatni, de ez a megerősítés feltehetőleg nem annyira tudományos, mint inkább presztízs okokból történt, amin persze nem lehet csodálkozni, ha ilyen rövid idő elteltével volt kénytelen egyik testület a másikat felülbírálni.

Érdemes azonban megsejmelni a második részt, amelynek indoklásában²⁹ a következő áll: „A vétkesség elvén felépült ... általános szabály alól ... kiveendők azok az esetek ..., amelyekben a vétkesség nélkül való felelősség elvének az alkalmazását a foglalkozás vagy üzem természete, vagy terjedelme megindokolja, mert a mai forgalmi élet jogos érdekeit a vétkesség elvének minden egyes esetben való rideg alkalmazása nem képes kielégíteni”, ezért módot kell adni a bírónak a gondos mérlegelésre.

A döntvény tehát nyitva hagyott egy kiskaput a jogalkalmazó számára. Sőt, ha jobban szemügyre vesszük, látható, hogy az „üzem vagy foglalkozás terjedelme, természete” fogalom nem is igazán volt alkalmas elhatárolásra, így a jogalkalmazó szinte teljesen szabad kézzel bírt. Ennek veszélye azonban abban állt, hogy ellentmondásos ítéletek születnek, amelyek a jogbiztonságot aláássák.³⁰

Az első várakozást látszott igazolni a Kúria két, röviddel később született ítélete, melyek közül az egyik (Kúria P. VI. 3142/1916. szám alatti) a foglalkozás természetére, a másik (Kúria P. VI. 7967/1916.) pedig annak terjedelmére alapozva állapította meg a munkaadó objektív felelősségét. Jogos megnyugvással jelenthette ki tehát Szladits Károly: „A 84. számú TÜH nem zárta el a helyes jogalkalmazás útját abban a kérdésben, hogy a megbízó mennyiben felelős a megbízott által a rábízott teendők körében okozott kárért.”³¹

²⁸ A közvetlen ok az volt, hogy a Ppé. 71. §-a (1) bekezdésének 1. pontja szerint, ha a Kúria valamelyik tanácsa elvi kérdésben el kíván térni a jogegységi határozattól, a kérdést a Kúria teljes ülésében kell eldönteni. Márpedig most a Kúria VI. tanácsa el kívánt ettől térni.

²⁹ *Magánjogi Döntvénytár*, XI–XII. köt. 65. p.

³⁰ KÖNIG VILMOS (1917): i. m. 3–4. sz. 186. p.

³¹ SZLADITS KÁROLY (1917–1918): 225. p.

Am hosszabb távon az aggodalmak igazolódtak be, mert a 84. sz. TűH megalkotóinak kétségbe vonhatatlan jó szándéka ellenére ellentmondásos, követhetetlen, sőt néha jogilag is nehezen igazolható döntések születtek. Lássunk erre néhány konkrét példát!

A két kocsit tartó bérkocsiiparos üzemének sem terjedelméből, sem természetéből kifolyólag nem tartozik tárgyi felelősséggel alkalmazottjáért (P. VI. 1746/1919. sz.).³²

Ellenkező adatok hiányában a szabály szeru hajtási igazolvánnyal alkalmazott személyről az vélelmezendő, hogy a reá bízott teendőkre nézve megfelelő képesítéssel bír és megbízható (P. VI. 1590/1922. sz.).³³

Elmegyógyintézet ápolójáért csak culpa in eligendo vel inscapiendo esetén felel (P. VI. 644/1920. sz.).³⁴ Ez az üzemi felelősség feltunő korlátozását jelentette, amelyet valószínűleg a bíróság is érzékelt, mert indoklásában az intézet „jótekonny jellegére” is utalt.

Az ilyen értelmezés további alkalmazásának a P. VI. 4987/1932. sz. ítélet³⁵ vetett gátat azzal, hogy kimondta: nem mentesíti a klinika fenntartóját a kezelés közben elkövetett muhibán alapuló kártérítési felelősség alól, hogy a klinika nem nyereszkeedésre alapult intézmény.

Ezzel ellentétes tendencia jelentkezett a P. VI. 5416/1925. sz., bizonyára az együttérzéssé alakult jogérzet hatására meghozott ítéletben,³⁶ amely veszélyes üzemmé nyilvánította a távírdát ...

A kissé eklektikusnak tunő ítélkezési gyakorlatban tehát mindenképpen kimutatható a Bsz kedvezőtlen hatása, mely a két döntvényen keresztül az elméleti jogászok által képviselt álláspont ellenére hosszú időn át érvényesült.³⁷ E néhány évtizedes interregnum után a Ptk megalkotásával tért vissza a magyar jogrend az 1916 előtti szabályhoz, amely ekkorra már a nemzetközi gyakorlatban is uralkodóvá vált, és amelyhez időközben az általunk követni kívánt német jog is alkalmazkodott.

A Polgári Törvénykönyv szabályozása

Elvi alapok

Az alkalmazottak károkozásaiért fennálló polgári jogi felelősség az 1959. évi IV. törvényben (a továbbiakban: Ptk.) nyert először törvényi szintű szabályozást. Az idézni kívánt törvényhelyek a kötelmi joggal foglalkozó negyedik rész II. címe alatt, a szerződésen kívül okozott károkért és a jogalap nélküli gazdagodásért való felelősség szabályai között találhatók. A kártérítés általános szabályairól szóló XXIX. fejezet után a XXX. fejezet a felelősség egyes eseteit tartalmazza. A kérdésről a jogszabály 348. §-a az alábbiak szerint rendelkezett:

³² *Magánjogi Döntvénytár*, XIII. köt. 87. sz.

³³ *Magánjogi Döntvénytár*, XVI. köt. 26. sz.

³⁴ SZLADITS KÁROLY: i. m. 184. p.

³⁵ *Magánjogi Döntvénytár*, XXVII. köt. 18. sz.

³⁶ SZIGETI LÁSZLÓ: i. m. 271. p.

³⁷ Hatását tovább erősítette az, hogy a Magánjogi Törvényjavaslat 1721. §-a változatlan formában tartalmazta a Bsz. szabályait. Ennek ismertetésére az azonosságon túl azért sem érdemes kitérni, mert indoklása el sem készült.

(1) Ha alkalmazott munkakörében vagy hatáskörében harmadik személynek kárt okoz, jogszabály eltérő rendelkezése hiányában a károsulttal szemben a munkáltató felelős. Ha az alkalmazott a kárt szándékos buncselekménnyel okozta, az alkalmazott a munkáltatóval egyetemlegesen felelős. Ezeket a szabályokat kell alkalmazni akkor is, ha szövetkezet tagja okoz munkakörében vagy hatáskörében harmadik személynek kárt.³⁸

(2) Ha magánmunkáltató alkalmazottja okoz munkakörében vagy hatáskörében harmadik személynek kárt, és a kár a munkáltatótól nem hajtható be, a kárért az alkalmazott felel.

Ezt a 351. § (2) bekezdése a következőkkel egészítette ki:

(2) Az alkalmazott és munkáltató közti ilyen igényekre a Munka Törvénykönyvének szabályai,³⁹ szövetkezet és tagja közti ilyen igényekre pedig külön jogszabályok rendelkezései az irányadók.⁴⁰

E megoldás lényege az, hogy a kívülálló harmadik személy irányában a munkaadó (kollektíva) felel, és ő a munkajogi szabályok szerint⁴¹ követelhet megtérítést a károkozó alkalmazottjától vagy tagjától.

Ez a konstrukció a szovjet polgári törvényben szerepelt először, de ők a vétkeességi elv keretein belül igyekeztek megmagyarázni. Úgy érveltek, hogy a főnök végső soron az alkalmazott vétkeességéért felel, így az elv közvetetten bár, de megvalósul. Ezzel szemben nálunk, mint az a Ptk indoklásából egyértelműen kiderül,⁴² tárgyi felelősségi formának tekintették.

A megoldásnak a korábbi gyakorlathoz képest az a legfontosabb újdonsága, hogy megváltozott a felelősség alanya. Ezt a törvény indoklása a következőkkel magyarázza:

1. Az alkalmazott munkáltató érdekében jár el, így az esetleges károkat is neki kell viselni (érdek-elv).

2. A vállalat egységes kollektíva, ezért az alkalmazott károkozását a vállalat károkozásaiként kell felfogni.⁴³

Hasonlóan vélekedik Eörsi is,⁴⁴ bár e meglehetősen ideologikusnak tűnő magyarázaton túl más, sokkal meggyőzőbb érvek is lelhetők a konstrukció alátámasztására: így sokkal jobban érvényesülhet a kártérítési felelősség két fő funkciója, a károkozások elleni védekezés és a kárelosztás.

³⁸ A törvény értelmében a bíróság ezt a szabályt alkalmazhatja a felek állandó jellegű megbízási viszonya esetében akkor is, ha a megbízó és a megbízott egyaránt szocialista (a hatályos szöveg szerint gazdálkodó) szervezet [350. § (2) bekezdés].

³⁹ Korábban a Munka Törvénykönyvéről szóló 1967. évi II. törvény ide vonatkozó 57. §-ának (2) és (3) bekezdése, jelenleg pedig az 1992. évi XXII. törvény 166–173. §-a rendelkezik erről.

⁴⁰ Ezt a szabályt a Ptk. jelenleg hatályos szövegében a 350. § (5) bekezdése tartalmazza.

⁴¹ Ez a megállapítás ma már csak részben állja meg a helyét, mivel a rendszerváltást követően a munkavégzésre irányuló jogviszonyok igen sok fajtája jött létre. Tehát a munkavállaló helytállhat a Munka Törvénykönyvének szabályai, de a közalkalmazottakra, köztisztviselőkre vonatkozó szabályok, vagy gazdasági társaságok vezető tisztviselője akár a társasági jog szabályai szerint is.

⁴² A Polgári Törvénykönyv és miniszteri indoklása. 1959. 274. p.

⁴³ Ennek további következménye az, hogy eltunik a különbség a jogi személy képviselője és alkalmazottja által okozott károkért való felelősség között, amely a korábbiakban általánosan elfogadott volt. BENEDEK KÁROLY – VILÁGHY MIKLÓS (1961): i. m. 159. p.

⁴⁴ EÖRSI GYULA (1966): i. m. 305. p.

A védekezés egyik módja a felelősségbiztosítás a másik pedig a károkozások megelőzésére, elhárítására való törekvés. Ez egy bonyolult felépítésű szervezet esetében sokkal inkább adottak utóbbira a lehetőségek kollektív szinten. A kár és annak közvetlen oka mögött rendszerint felfedezhetők az ellenőrzés, a kiképzés, a szervezés, a feylelmi helyzet és az adminisztrációs gyakorlat hibái, amelyek felismerésére és kiküszöbölésére az egyes alkalmazottnak nincs lehetősége, a vállalat egészének azonban ez módjában áll, sőt elemi érdeke.

A kárelosztás a közvetlen károkozó, a kollektíva és végső soron az állam között valósul meg, teherbíró képességük, és prevenciós lehetőségeik arányában. A kár töredékét a dolgozó, a többit a kollektíva, és mivel a törvény megalkotásakor az állami tulajdon uralkodó volt végső soron az állam, az egyetemes kollektíva viselte.

Egyébként a dolgozó részesedésének csökkentését indokolja a károkozás hatékonyságának növekedése, vagyis az, hogy kis hiba vagy gondatlanság is aránytalanul nagy kárt tud okozni.

A fenti elvek alapján megkonstruált közvetlen munkáltatói felelősség egyébként a károsult érdekeivel is egybe esik, mivel kárának megtérítését sokkal inkább remélheti a megbízható anyagi fedezettel rendelkező kollektívától, mint a károkozó alkalmazottól.

A főszabály alkalmazása

A törvény megjelöli tehát a felelősség alanyát, nem rendelkezik azonban arról, hogy milyen szabályok szerint fog a kérdéses személy felelni. Ebből következően a konkrét esetet mindig a tényállásra illő szabályok szerint kell elbírálni. Ez általában a 339. §-t jelenti, melynek értelmében a károsultnak az alkalmazott jogellenes magatartása és a kár közötti okozati összefüggést kell bizonyítania,⁴⁵ a munkáltatót terheli viszont annak bizonyítása, hogy alkalmazottja úgy járt el, ahogy az adott helyzetben általában elvárható. Ennek következménye az, hogy a kártérítés megítélésének nem akadályja az, ha nem állapítható pontosan meg, hogy a vállalat melyik alkalmazottja milyen magatartással okozta a kárt.⁴⁶ Jogunk tehát a bizonyítási szükséghelyzet jelentette nehézségeket a bizonyítási teher megfordításával és az „anonim” vagy szervezeti vétkesség elvének segítségével oldja meg.

A vállalat felelősségének megítélése tehát mindig az alkalmazott magatartásától, annak vétkességétől függ.⁴⁷ Ez azonban nem jelenti feltétlenül azt, hogy ha az alkalmazott magatartása nem róható fel, akkor a munkáltató mentesül. Ilyenkor azon alkalmazottjának vétkessége alapján fog felelni, aki a vétőképtelent alkalmazta vagy a közvetlen károkozót oly mértékben túlterhelte, hogy a károkozás tekintetében az elvárhatóság vele szemben hiányzik.

⁴⁵ Lásd a BH 1995. 346. sz. és BH 1993. 677. sz. alatt közzétett ítéleteket.

⁴⁶ A LB a BH 1993. 498. sz. alatt megjelent, és egy autószerelő műhelyben a mosóbenzin szabálytalan tárolása miatt bekövetkezett robbanás által okozott kár ügyében hozott ítéletében kimondta: „A felelősség szempontjából nincs ügydöntő jelentősége annak a nem tisztázott és már utólag nem is tisztázható körülménynek, hogy a benzingőz mitől robbant be.”

⁴⁷ BH 1988. 45. sz. ítélet: „A Ptk. 348. §-a (1) bekezdésének alkalmazásakor a károkozó alkalmazott magatartását kell vizsgálni. A munkáltató akkor felel, ha az alkalmazottról megállapítható, hogy olyan magatartást tanúsított, amelynek alapján a Ptk. 339. §-ának (1) bekezdésében említett kimentés kísérlete nem vezethet eredményre. Ha tehát az alkalmazott magatartása kimenthetetlen, akkor a munkáltató nem védekezhethet azzal, hogy nem tudta az alkalmazott károkozását elhárítani, illetve hogy az elhárítás a Ptk. 339. §-ának (1) bekezdése alapján nem volt elvárható.”

A tényállásra illő szabály lehet óvodai alkalmazott esetében a 347. §, vagy az állatkereti dolgozó esetében pedig a 351. § is. Ha az alkalmazott fokozott veszéllyel járó tevékenységet végez, akkor a 345–346. § rendelkezései alkalmazandók.⁴⁸

A munkáltatót és az alkalmazottat a fentiekből megállapíthatóan nem lehet egyetemlegesen marasztalni, az alkalmazott közvetlen felelőssége a kívülálló károsulttal szemben főszabályként kizárt. Ezzel a törvény megszüntette azt a – korábbi jogalkalmazásunkat jellemző – visszás helyzetet, hogy az alkalmazott felelősségének terjedelme attól a véletlenszerű körülménytől függött, hogy a károsult csak a munkáltatót perelte vagy őt is. Ezt észelve a Legfelsőbb Bíróság (a továbbiakban: LB) polgári kollégiuma a 43. számú irányelvében már korábban kimondta, hogy a vállalat csak a munkabérének 15 %-a erejéig fordulhat a dolgozó ellen, az alkalmazott pedig követelheti a vállalatától azt az összeget, amit ezt meghaladóan kellett a károsultnak kifizetnie. A LB egy későbbi ítéletében még ettől is tovább lépve, eleve csak keresetének 15 %-a erejéig marasztalta a dolgozót. De a végső megnyugtató szabályozást a 348. § hozta meg, amelyet a polgári kollégium a 41. számú állásfoglalásában újra megerősített.

A 348. § fogalmi elemei

A továbbiakban részletesen ismertetni kívánt 348. § négy szabályt tartalmazott: egy általános szabályt (1. bekezdés első mondat), két kivételt (1. bekezdés második mondat és 2. bekezdés) és egy kiterjesztő szabályt (1. bekezdés harmadik mondat). Mivel ez utóbbi teljesen egyértelmű és a tapasztalatok szerint alkalmazása a gyakorlatban nem okoz gondot, ezzel nem fogok a továbbiakban foglalkozni.

Az eredeti szöveg fogalmi elemei közül csak kevés és mindegyik csak egy-egy alkalommal módosult, ezért az egyes fogalmi elemeket a módosításuk időrendi sorrendjében tárgyalva a egyúttal a jogszabály időbeli változását is nyomon követhetjük. Először a „harmadik személy”, majd a „munkáltató” és az „alkalmazott” időtállóan bizonyult fogalmát elemezem. Ezt követi a „munkakörében vagy hatáskörében” megfogalmazás problémáinak ismertetése, majd az első kivételes szabály következik. A sort a második kivétel zárja, s ezzel a 348. § több mint 40 éves történetének végére is érünk.

Harmadik személy

A gyakorlatban e kérdés eldöntése bizonyult a legegyszerűbbnek: a 348. §-t kell alkalmazni, ha a károsult a munkaadó szerződő partnere, e partner alkalmazottja, vagy teljesen független személy. Összefoglalva tehát bárki minősülhet ilyennek, kivéve az ugyanazon kollektíva alkalmazottját vagy annak tagját. Az egyetlen problematikusnak látszó eset az, amikor az alkalmazott hosszabb időn át tevékenykedik egy másik kollektíva kötelékében és így okoz kárt. Ez is egyszerűen megoldódik azonban akkor, ha abból indulunk ki, hogy ilyen esetben azt a vállalatot terheli a munkajogi felelősség, amelynél a kirendelt dolgozik. Logikus tehát ugyanazt a vállalatot tenni a polgári jogi felelősség alanyává is.

⁴⁸ BH 1991. 148.

Munkáltató és alkalmazott

A 348. §-t kell alkalmazni (természetesen az egyéb feltételek teljesedése esetén), ha a kárt okozó „A” munkaviszonyban áll „B”-vel. A munkaviszony fogalmát sem polgári jogi, sem munkajogi szabályok nem definiálják, így e jogviszonynak a munkavégzésre irányuló egyéb jogviszonyoktól való elhatárolásában a legfontosabb támpont, a munkáltatót megillető széleskörű utasítási jog, amely kiterjed a munkavégzés részleteire, annak módjára, helyére, idejére is.

Bár a szakmunkástanuló nincs munkaviszonyban az őt gyakorlati képzésben részesítő vállalattal, károkozása esetén a Legfelsőbb Bíróság állásfoglalása értelmében mégis e vállalat fog felelni.⁴⁹

Alkalmazni kell a 348. §-t, ha a munkaviszony alapjául szolgáló munkaszerződés érvénytelen, továbbá akkor is, ha az alkalmazott munkaidején kívül színleli azt, hogy munkavállalói minőségében jár el.⁵⁰ Ha azonban a munkaviszony megszűnése után teszi ugyanezt, a munkáltató legfeljebb a munkavállalóval egyetemlegesen (Ptk. 344. §) felelhet, és így is csak akkor, ha a munkaviszony megszüntetése kapcsán gondatlanul járt el.⁵¹

Az igazán komoly gondot azok az esetek jelentik, amikor az alkalmazottat a főnöke bízza meg valamilyen teendő elvégzésével. Kézenfekvőnek tűnik ilyenkor a megbízott károkozásaiért való felelősség szabályainak alkalmazása (Ptk. 350. §), ám ez arra vezetne, hogy a megbízó, aki munkaköri hatalmával visszaélve kényszerítette a dolgozót, könnyen kimenthetné magát. Így a LB egy konkrét ügyben⁵² inkább eltekintett attól, hogy az alkalmazott nem munkaviszonya, hanem megbízás alapján járt el.

Munkakörben vagy hatáskörben való eljárás

Az, hogy valaki valamely kollektíva tagja, károkozása esetén még nem vonja automatikusan maga után a 348. § alkalmazását. Ennek az oka az, hogy a kárt az alkalmazott nemcsak ilyen, hanem magánminőségében is okozhatja. Bárkinek a magánszemélyként okozott kártételeiért indokolatlan lenne a munkáltató felelősségét megállapítani.

Azt, hogy a kárt valaki magánszemélyként, vagy alkalmazottként okozta-e, csak egy nagyon széles és sok fokozatú skálán lehet vizsgálni. Az egyértelmű, hogy ezen képzeletbeli skála két végpontján elhelyezkedő esetek külön elbírálás alá esnek: az egyik esetben a közvetlen károkozó, a másik esetben a munkáltató felel. Sokkal nehezebb a közbülső esetek elbírálása. Egyrészt azért, mert a határ megvonása pusztán jogpolitikai kérdés, mely mellett mindig lehet pro és kontra érveket találni, tehát a pusztán jogérzet nem nyújt segítséget a helyes megoldáshoz. Másrészt azért, mert ha a jogalkotó meg is vonta valahol a határt, a gyakorlat mindig produkál kétséges eseteket.

⁴⁹ Polgári Jogi Döntvénytár, III. köt. 143. sz.

⁵⁰ Ez az álláspont a bírói gyakorlatban csiszolódott ki, és valószínűleg a munkakör később részletesen ismertetendő tag értelmezésével van összefüggésben. A törvény indoklása színlelés esetén eredetileg kizárta a 348. § felhívását.

⁵¹ Ezért nem látta alkalmazhatónak a LB a 348. §-t a BH 1989. 321. alatti ítéletében, amikor a megszűnt szakcsoporthi bélyegzőjét felhasználva a volt tag (B. L.) áruvásárlást folytatott.

⁵² P. törv. I. 21.856/1960. sz. ítélet.

Az alkalmazottként okozott károk köre megvonható tehát szűken és tágabban is. Az első megoldás a „munkakörben” okozott károkért teszi felelőssé a munkáltatót, a második megoldás esetén a munkáltató minden olyan károkozásért felel, amely a „munkaviszonnyal összefügg”. Másként megfogalmazva ez utóbbi a „munkavégzés alkalmával” okozott károkat jelenti.

A Ptk. megalkotásakor a szűkebb kör mellett döntöttek, amit azonban a bírói gyakorlat annak kimondásával, hogy „a 348. § alkalmazásához elegendő, ha a károkozót a munkakör ellátása hozza abba a helyzetbe, hogy kárt okozzon” (P. törv. eln. tan. 20.033/1963. sz. ügy)⁵³ szinte azonnal kitágított. A LB tehát a munkakör fogalmát tágan értelmezve megoldotta azt a problémát, hogy milyen jogszabály alkalmazandó abban az esetben, ha az alkalmazott a kárt a munkakörébe vagy hatáskörébe nem tartozó cselekménnyel okozza. Márpedig a gyakorlatban többnyire ez a helyzet.

Így a jogérzetünk által diktáltakkal összhangban a 348. §-t alkalmazta a bíróság a következő ügyekben: egy kövezővállalat alkalmazottja felperes telepén dolgozva felült a felperes őrizet nélkül hagyott vontatójára, és nekivezette azt egy vasúti tehervagonnak (BH. 1963. 3. 3490. sz.); egy villanszerelő munkavégzés közben egy billenő-tehergépkocsi billenőjének rögzítő csapszegeit helyezte vissza, és ezzel kárt okozott,⁵⁴ egy könyveket rakódó alkalmazott, munkáját félbehagyva hógolyózni kezdett és ezzel kárt okozott (P. törv. II. 21.070/1961. sz.). Nyilvánvaló, hogy sem a vontatóvezetés, sem a billenő szerelése, sem pedig a hógolyózás nem szerepelt az illető alkalmazottak munkaköri leírásában, tehát a jogszabály szoros nyelvtani értelmezésével más megoldásra kellett volna jutni.

Az tehát elfogadható, hogy a károkozás nemcsak a konkrét munkakörben való tevékenykedéssel, hanem ennél szélesebb körben, a munkavégzéssel kapcsolatban is végbemehet ahhoz, hogy a 348. § még érvényesüljön. Az ezt megalapozó megfogalmazás („abba a helyzetbe hozza”) azonban aggodalomra adhat okot, ugyanis következetes alkalmazása oda vezetne, hogy az olyan jellegű esetekben amikor a vállalat dolgozója a megrendelő lakására kiszállva végez el bizonyos munkákat, és ezzel semmilyen kapcsolatban nem lévő, más magatartásával kárt okoz, a munkáltató felelősségét mindenképpen meg kellene állapítani.

Az elhatárolálás tisztázására eltérő megoldások születtek az elméleti irodalomban. A végeredményben, vagyis hogy a gyakorlatot megerősítve tágabban kell a 348. § alkalmazási körét kijelölni egyetértettek, de ezt eltérően kívánták elérni.

A Benedek–Világhy szerzőpáros a törvény szövegének szigorú nyelvtani értelmezésével – dogmatikai szempontból valóban támadhatatlanul – nyert nagyon szűk kört próbálta szélesíteni. Így arra az álláspontra jutottak, hogy a „felmerült kárért a munkáltató felelősségét kell megállapítani, ha

a) az alkalmazott munkaköre illetőleg hatásköre arra a cselekményfajtára is kiterjedt, amelynek körébe az adott esetben kárt okozó cselekmény tartozik, továbbá enélkül is, ha

b) a károkozásnak az alkalmazotti minőségben való eljárás közvetlen és elengedhetetlen feltétele volt”.⁵⁵

⁵³ EÖRSI GYULA (1966): i. m. 312. p.

⁵⁴ Uo.

⁵⁵ BENEDEK KÁROLY – VILÁGHY MIKLÓS (1961): i. m. 161. p.

Végkövetkeztetésük azonban nem lehet helyes, mert részletes kifejtése közben el-
lentmondásba keverednek. A kérdés illusztrálásaként felhozott konkrét példa elemzése
kapcsán megállapítják ugyanis, hogy abban az esetben, ha a kárt okozó cselekményfaj-
ta sem a munkakörbe nem tartozott, sem külön megbízást az alkalmazott erre nem
kapott, akkor a vállalat felelősségét „nehéz lenne elvileg megalapozni”. Erre azonban
már definíciójuk b) pontjában rákényszerülnek.

A megoldás másik hibájául rója fel Eörsi, hogy a 348. § alá az eseteknek a kívána-
tosnál szűkebb csoportját tudják bevonni, mert az elhatárolási formulában szereplő
„közvetlen és elengedhetetlen” kifejezés csak ezt teszi lehetővé. Gondoljuk csak meg,
mennyire volt közvetlen és elengedhetetlen feltétele az alkalmazotti minőség a rako-
dómunkás hógolyózásának, vagy a kövezőmunkás vontató vezetésének. Tehát e formu-
lához szigorúan ragaszkodva ilyen jellegű esetekben nem lehetne a munkáltató felelős-
ségét megállapítani, pedig ez feltétlenül indokolt lenne, mert a munkáltatónak
kötelessége, hogy fegyelmet tartson, ellenőrizze, hogy mindenki a saját munkáját vé-
gezze, és ne fejtse ki olyan tevékenységet, ami nem tartozik munkakörébe.

Eörsi ezzel szemben a következő általános formulát kínálja:

„a) A 348. § alkalmazandó, ha a kárt a munkavégzés során vagy alkalmával okozta
harmadik személynek az alkalmazott, de

b) nem alkalmazható, ha a munkaviszonnyal való kapcsolat annyira elvékonyodott
(az alkalmazotti minőség már nem releváns oka a kárnak), hogy az alkalmazottért
fennálló speciális felelősségi alakzat a funkcióját már nem töltené be (a vállalati véde-
kezésre kedvező hatás nem várható, vagy a várható kedvezőtlen hatások volnának
túlnyomóak).⁵⁶

Abból indul ki, hogy az alkalmazottért való felelősség és általában a felelősség
egyik legfőbb funkciója a megelőzés, ezért a határt ott kell megvonni, ahol a munkálta-
tó védekezésének korlátai vannak. A védekezési lehetőségek pedig sokkal inkább
adottak a munkáltató számára, ha alkalmazottja a tevékenységét közvetlenül vállalati
körben fejti ki, mint ha ezen kívül működik vagy okoz kárt. Amíg tehát az alkalmazott
ezen a körön (a vállalat konkrét ellenőrzési, felügyeleti körén) belül működik, úgyszól-
ván minden károkozó magatartásért a vállalat felel.

A 348. §-t kell alkalmazni, ha a kárt a munkakörébe tartozó munka végzése során
okozza, de akkor is, ha olyan tevékenységet végez, ami abba nem tartozott volna bele.⁵⁷
Sőt felelni fog azon munkáltató is, amelynek alkalmazottja régi haragosát munkáltatója
telephelyén megveri (saját telephelyen ugyanis még ilyen esetekben is reálisnak tekint-
hető a munkáltató védekezési, megelőzési lehetősége).

Más a helyzet, ha a munkavégzés a vállalati ellenőrzési, felügyeleti körön kívülre
kerül. Ez leginkább úgy fordulhat elő, ha az alkalmazott a munkáltató által kötött szer-
ződés teljesítése érdekében a munkát a szerződő félnél végzi (pl. festő vagy takarító
vállalat alkalmazottja a megrendelő lakásán). Az természetes, hogy a munka végzése
során okozott kárért (pl. a festő létrájával vigyázatlanul lever egy értékes vázát) a

⁵⁶ EÖRSI GYULA (1966): i. m. 315. p.

⁵⁷ P. törv. I. 20.364/1961. sz. (Ebben az ügyben a LB munkakörben okozott kárnak minősítette egy olyan
berendezés bekapcsolását az üzemvezető részéről, amelynek bekapcsolása az elektrikusnak lett volna feladata.) és
BH 1986. 230. (Itt a II. rendű alperes alkalmazottja (I. rendű alperes, a vetőmagbolt vezetője) a munkaviszonyá-
val összefüggésben, de feladatkörébe nem tartozóan szerzett be felperes kérésére repcemagot, amely mérget
tartalmazott, így attól felperes madarai elpusztultak.)

munkáltató felel.⁵⁸ Ha emiatt vitába keveredik a megrendelővel és annak testi sértést okoz⁵⁹ vagy a lakásból valamit ellop,⁶⁰ ugyanígy kell eljárni. Ennek magyarázata az, hogy a vállalatnak különös gonddal kell megválogatnia azokat az alkalmazottait, akiket felügyelet nélkül megrendelők lakásába küld.

Ha azonban a megrendelő külön kapcsolatot létesít az alkalmazottal (valamire megkéri, vagy a szerződés teljesítésétől teljesen független ügy kapcsán összeverekednek), és a kár ennek során keletkezik, a vállalat felelőssége nem állapítható meg, mert az alkalmazotti minőség és a károkozás közötti okozati összefüggés ezekben az esetekben már túlságosan laza. Nyilvánvaló, ha a kérésnek később, munkaidőn kívül, vagy esetleg napok múlva tesz eleget, akkor sem lenne megállapítható a munkáltató felelőssége. Itt merőben véletlenszerű az, hogy a károkozó alkalmazott és a másik fél a munkáltató által kötött szerződés kapcsán, és nem más okból kerültek kapcsolatba. Ilyenkor a munkáltató védekezési lehetőségei meglehetősen korlátozottak, tehát a kiindulásként vázolt elv miatt felelőssé tétele a kívánt hatást nem érné el.

A munkáltató felügyeleti és ellenőrzési körén kívül esik az alkalmazott tevékenysége akkor is, ha azt munkába, kiküldetésbe menet vagy onnan jövet folytatja, vagy ha a gépkocsi vezetője feketefuvart végez. Ezért a munkáltató felelőssége az első két esetben csak akkor állapítható meg, ha a munkáltató járművét használja. Saját jármű, vagy tömegközlekedés használata esetén ez fel sem merül.

Ezekben az esetekben az elhatárolásban jelentős segítséget nyújthat az ok-okozati folyamatba ékelődő saját elhatározás megléte vagy hiánya. A szerződések teljesítésével kapcsolatban mondottakhoz hasonlóan az alkalmazott szándékossága (pl. a villamoson megveri egy régi haragosát) olyannyira eltávolítja a munkakörtől a károkozást, hogy ezért magának kell felelnie.

Összefoglalva tehát: a 348. § csak akkor nem alkalmazható, ha

„a) a kárt a vállalati felügyeleti, ellenőrzési körön kívül,

b) olyan önálló szándékos, különösen kizárólag az alkalmazott saját gazdaságossági, társadalmi tevékenysége, érdekei körébe tartozó magatartás közbeiktatásával okozták,

c) amelynek megelőzése a vállalatnál a közbeiktatódott önálló szerződési viszonyra tekintettel vagy a károkozó magatartás rendkívülisége miatt nem várható el.”⁶¹

Ez a rendszer az általa elérni kívánt cél érdekében jól használható eszköz a gyakorlat kezében, mely a 348. § alkalmazási körét a Benedek–Világhy által vázoltnál tágabban, a gyakorlatnál viszont kissé szűkebben vonja meg.

Az ítékezés tehát némi ingadozás után a LB által kijelölt tág értelemben fogta fel a fogalmat. Így amikor a Ptk. módosításáról szóló 1977. évi IV. törvény a „munkakörében vagy hatáskörében” kifejezést „munkaviszonyával” vagy „tagsági

⁵⁸ EÖRSI GYULA (1962): i. m. 149. p. Ez egyértelműnek tűnik annak ellenére is, hogy a szerző ugyanebben a kérdésben később saját véleményével is ellentétes álláspontot helyezkedve e magatartást szerződésszegésnek minősíti. (16): 316. p.

⁵⁹ EÖRSI GYULA (1966): i. m. 316. p. Itt szintén ingadozik: vitathatónak tartja a vállalat felelősségét, ha az eset csak kivételesen fordult elő. EÖRSI GYULA (1962): 149. p.

⁶⁰ Nem így vélekedett a PKKB a 3. P. 50.304/1960. sz. ügyben. A bíróság azt az álláspontot foglalta el, hogy az alkalmazott által elkövetett lopásért a munkáltató nem felelős, mert a lopás a munkakörben végzett cselekmények fogalmi körébe nem vonható szándékos bűncselekmény. Ez nyilvánvalóan helytelen, márcsak azért is, mert ha a szándékos bűncselekmény soha nem minősülne alkalmazotti károkozásnak, akkor a 348. § (1) bekezdésének második mondata soha nem volna alkalmazható, ami nyilvánvalóan nem lehetett a törvényalkotó szándéka.

⁶¹ EÖRSI GYULA (1966): i. m. 319. p.

viszonyával összefüggésben” megfogalmazásra változtatta, már csak a létező gyakorlatot legalizálta. Ezzel minden aggály elhárult a tág értelmezéssel szemben, ami a LB ítéleteiből is kitűnik: a módosítás óta szinte teljesen eltűntek gyakorlatából az e fogalom alkalmazásával kapcsolatos ügyek.

Szándékos bűncselekmény

A kivételes szabály beiktatását a törvényhozó azzal indokolta, hogy aki a kárt szándékos bűncselekményével okozta, az nem érdemes az 1. mondat által biztosított kedvezményre, és a munkajogi szabályok szerint egyébként is teljes felelősséggel tartozik. Azonban ez csak a szándékos bűncselekményre vonatkozott, gondatlanság esetén a munkáltató közvetlen felelősségét kellett megállapítani. Ezt azzal lehet még kiegészíteni, hogy a munkáltató lehetőségei a megelőzésre ebben a körben a legszűkebbek, ezért indokolt felelősségét is enyhíteni.

A rendelkezést a Ptk-t módosító 1977. évi IV. törvény arra való hivatkozással, hogy nem szolgálja a károsult érdekeit hatályon kívül helyezte. Ezzel egyetértve meg kell még jegyezni, hogy a szabálynak igazi jelentősége egyébként sem volt, mert a jogpolitikai céloknak a büntetőjogi felelősségre vonás teljes mértékben eleget tett.

Magánmunkáltató

A szabály kiinduló pontja az a tétel volt, hogy a szocialista szektorral szemben itt a reparáció érvényesülése érdekében a károsult helyzetét jobban körül kell bástyázni. Ez a kivételes szabály valójában egy, a felelősség alanyára vonatkozó kiegészítés: megmarad a munkáltató felelőssége, de a törvény mögé helyezi a magán-munkavállaló másodlagos, szubszidiárius felelősségét. Ennek legfőbb indoka a reparációs szempont mind maradéktalanabb érvényesülése, melyet a kollektíva létének hiánya miatt a törvényhozó a főszabály általános alkalmazása esetén nem látott volna biztosítottnak.

Így a munkavállaló a kezéséhez hasonló helyzetbe került, de a munkáltatóval való együttes perlésére nem volt mód,⁶² és visszakereseti jogával is csak kivételesen rendelkezett. Egyértelműen szembehelyezkedett ezzel a LB egy 1970-ben hozott ítéletében.⁶³ Eszerint az alkalmazott felelősségének másodlagosságából nem következik, hogy az együttes perlésre nincs mód. Ennek magyarázatául a törvény ide vonatkozó indoklása részletesebb megokolás hiányában nem fogadható el. A törvényhozó akarata helyett tehát „azt kell vizsgálni, az együttes perlés kizártsága a jogszabályok rendelkezéseiből, értelméből valóban levezethető-e”.

Ez alapján a LB abból, hogy a munkavállaló helyzete a kezéséhez hasonló, és hogy az ő esetében az együttes perlés nem kizárt [Ptk. 274. § (1) bekezdés], valamint hogy az együttes perlés is a károsult érdekeit szolgálja (amit a törvényhozó az egész kivételes szabály megalkotásának indokául felhoz), arra következtetett, hogy a munkavállaló a munkáltatóval együtt perelhető. Ez a végkövetkeztetés pergazdaságossági szempontból is helytálló.

⁶² A Polgári Törvénykönyv és miniszteri indoklása. 274. p. és EÖRSI GYULA (1966): i. m. 327. p. A legfelsőbb bíróság későbbi ítéletét mintegy előre vetítve különösebb indoklás nélkül ezzel ellentétet ZOLTÁN ÖDÖN: i. m. 61. p.

⁶³ Polgári Jogi Döntvénytár. IV. köt. 156. sz.

Az együttes perlés ezek után tehát nem volt kizárt, de az alkalmazott csak másodlagosan volt marasztalható, és fizetési kötelezettsége csak akkor állt be, ha a követelés a munkáltatótól nem volt behajtható. Egyéb vonatkozásokban a főszabály rendelkezései voltak irányadók.

A törvényben szereplő „magánmunkáltató” fogalmát sem a Ptk., sem alacsonyabb szintű polgári jogi szabály nem határozta meg, ezért a bíróságok más jogágak (munkajog, államigazgatási jog) értelmezésére támaszkodva magánszemélyeket és más „nem szocialista szervezeteket” (pl: egyházak) értettek rajta. Ez a kifejezés azért sem jelentett akkoriban gondot, mert a tulajdonviszonyok egysíkúsága miatt a magánalkalmazottak elenyésző kisebbségben voltak.

Az azóta bekövetkezett változások, különösen a 80-as évek második felében elkezdődött gazdasági átalakulás következtében ez a probléma azonban felszínre került. Egyrészt állami szektornak a privatizáció miatti másodlagossá válása értelemszerűen változatos tulajdoni formák kialakulását, és a magánalkalmazottak körének bővülését vonta maga után, másrészt sajnos az előbbivel ellentétben korántsem törvényszerűen, a gazdasági környezet bizonytalanná válása, a fizetési morál romlása is bekövetkezett. E két ok miatt vált egyre gyakrabban szükségessé a 348. § (2) bekezdésének alkalmazása, és a tartalmatlan fogalom értelmezése, az új körülményekhez való igazítása. Ez utóbbi az 1967. évi II. törvény módosításáról szóló 1989. évi V. törvény 15. §-a által valósult meg, amely a szektorsemlegesség érdekében a „magánmunkáltató” fogalom helyébe a „legfeljebb harminc főfoglalkozású dolgozót foglalkoztató magánszemély” kifejezést léptette.

Ezzel a probléma megoldottnak is tűnik, ám a régi és az új megfogalmazás is felvet egy igen súlyos aggályt: a kivételes szabály hátrányos megkülönböztetést tesz a magánalkalmazottak rovására, mert míg más munkavállalók a munkáltató fizetésekre való jogosultsága esetén mentesülnek a teljes kártérítés alól, ők kénytelenek ezt megfizetni.

A kérdésnek ez a vetülete a törvény megalkotásakor érthetően fel sem merült, először a Ptk. magyarázata hívta fel rá a figyelmet.⁶⁴ Sőt ettől tovább lépve azt is felvetette, hogy túl a gazdasági megfontolásokon, nem vált-e jogpolitikailag is meghaladottá a rendelkezés. Amikor egyáltalán nem biztos, hogy egy állami vállalat fizetőképesebb egy magáncégnél, akkor van-e létjogosultsága egy ilyen szabálynak?

A probléma megoldásában az AB megelőzte a törvényhozást, amikor az 1/1996. (I. 26.) határozatával alkotmányellenesnek minősítette és megsemmisítette a Ptk 348. §-ának (2) bekezdését.

Az AB már több korábbi ítéletében kimondta (21/1990. és 18/1992. AB határozatok), hogy „bár az Alkotmány 70/A. § (1) bekezdése az emberi, illetve állampolgári jogok tekintetében tiltja a megkülönböztetést, a jogegyenlőségi tétel egyéb jogokra is vonatkozik”. Így a polgári jogi jogalanyok közötti különbségtétel is tilos. Ez a tilalom azonban nem általános: „az AB akkor állapítja meg a nem alapjogokat érintő megkülönböztetés alkotmányellenességét, ha a különbségtétel önkényes, azaz nincs ésszerű indoka”. Az AB által vizsgált kérdés tehát az volt, hogy a különbségtétel ésszerűen indokolható-e vagy sem.

A munkáltató fizetőképessége semmilyen összefüggésben nincs azzal, hogy hány alkalmazottja van, vagy hogy jogi személynek minősül-e vagy sem, így az alkalmazot-

⁶⁴ A Polgári Törvénykönyv Magyarázata. 953. p.

tak felelősségének terjedelmében való különbségtétel a károsult igényeinek nagyobb biztonsággal való érvényesíthetőségére történő hivatkozással alkotmányellenes. Ezért az AB a Ptk. 348. § (2) bekezdését a határozat közzétételének napjával megsemmisítette.

Az egykor bonyolult szabályból tehát mára csak a munkakörrel való összefüggést tágan értelmező főszabály és az ennek alkalmazását a szövetkezetek tagjainak károkozása esetén is előíró kiterjesztő szabály maradt.

Összegzés

Láthatjuk tehát, hogy e hosszú fejlődésnek a kezdő lépését még a klasszikus magyar jogtudomány és bírói gyakorlat tette meg. Ők merték először kimondani, hogy az alkalmazott által harmadik személynek okozott károkért való felelősség kérdésére a helyes válasz csak objektív elvi alapról kiindulva lelhető meg. Ennek a felismerésnek az értékéből semmit sem von le, hogy e felelősségi forma alkalmazási körét a teljesítésben okozott károokra korlátozva, kissé szűken vonták meg.

Annál inkább megkérdőjelezhető a két háború között folytatott gyakorlat, amely ellen neves elméleti jogászaink közül többen felemelték hangjukat – sajnos eredménytelenül.

A Ptk. viszont az 1916 előtti magyar jogban élő gyakorlathoz való visszatéréssel minden ideológiai ihletésű sallang ellenére tagadhatatlanul modern szabályozást valósított meg, melyet a bírói gyakorlat bizonyos értelmezési megoldásokkal tovább javított.

Az elmúlt időszakra mégis jellemző „kollektív felelőtlenség” tehát nem a kérdés jogi szabályozásának hiányosságaival magyarázható. Nem a felelősség kollektivizálásának elve az oka a kialakult gyakorlatnak, hanem az, hogy a bekövetkezett károknak valójában nem volt igazi „gazdája”. Ez a gazda – vagyis a károsult – a tulajdoni viszonyok miatt az esetek döntő többségében maga az állam volt: az állam pedig rossz gazda, ezt ma már nem kell bizonygatni.

A károkozót a 348. § alapján könnyű lett volna kártérítésre kötelezni, a károsult azonban nem volt rákényszerülve arra, hogy jogos igényét érvényesítse. Emellett az is tagadhatatlan, hogy a kártérítés összegéből az 1967. évi II. törvényben meghatározott munkavállalói részesedés nem bizonyult elegendőnek a megfelelő nevelő, megelőzésre ösztönző hatás eléréséhez.

A rendszerváltást követően beinduló privatizációs folyamat következtében ez a helyzet már eddig is sokat változott, és időközben a 348. § is megtisztult ideologikus rendelkezéseitől, ezért a jövőben joggal várhatjuk a helyzet javulását. A magáncégek, ahol a dolgozók egyéni érdekeltisége is sokkal kifejezettebb lehet, nem engedhetnek meg maguknak efféle plusz kiadásokat.

A gazdaság magántulajdoni alapra helyezésével lejátszódó spontán folyamat azért nem old meg mindent, így nem marad munka nélkül a jogalkotó sem. Érdemes lenne fontolóra venni a munkáltatóknak az alkalmazottakkal szembeni igényeinek érvényesítését szabályozó rendelkezések korábban már említett sokféleségének csökkentését. A károsult érdekében pedig, aki igen nehéz helyzetben van az igényérvényesítés során, mert nem tudja elbírálni, hogy a károkozó ügyvezető vagy képviselő milyen jogkörben

okozta a kárt, nem a társasági forma, hanem a jogviszony szerint kellene differenciálni, ha ez a megkülönböztetés a munkaviszonyban és a megbízási viszonyban álló vezető tisztségviselő felelőssége között egyáltalán szükséges.

Felhasznált irodalom

- (1) A képviselőház által kiküldött különbizottság jelentése a Polgári Törvénykönyvre vonatkozó 886. sz. törvényjavaslatról. Országgyűlés, képviselőházi irományok 1910–1915, IIL. köt. 1192. sz. iromány és 1. sz. melléklet.
- (2) A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezete, első szöveg. Grill k. 1900.
- (3) A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének indoklása. Grill k. 1901.
- (4) A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetének bizottsági tárgyalásai. Grill k. 1909.
- (5) A Magyar Polgári Törvénykönyv törvényjavaslata, Országgyűlés, képviselőházi irományok. 1910–1915, XXXI. köt. 886. sz. iromány.
- (6) A Magyar Polgári Törvénykönyv törvényjavaslatának indoklása, Országgyűlés, képviselőházi irományok 1910–1915, XXXIII. köt. 886. sz. iromány 1–4. sz. melléklete.
- (7) A Polgári Törvénykönyv és miniszteri indoklása. 1959.
- (8) A Polgári Törvénykönyv Magyarázata. 1993.
- (9) ASZTALOS LÁSZLÓ – GÖNCZÖL KATALIN: *Felelősség és szankció a jogban*. KJK. 1980.
- (10) BENEDEK KÁROLY – VILÁGHY MIKLÓS, *Magyar jog*, 1961. 4. sz.
- (11) BENEDEK KÁROLY – VILÁGHY MIKLÓS: *A Ptk. a gyakorlatban*. KJK. 1965.
- (12) DÁRDAY – SZENTIRMAY – ANGYAL: *Igazságügyi törvénytár* I. köt. és III. köt.
- (13) EÖRSI GYULA: *Kártérítés a jogellenes magatartásért*. KJK. Bp. 1958.
- (14) EÖRSI GYULA: *A jogi felelősség alapproblémái. A polgári jogi felelősség*. Akadémiai Kiadó, Bp. 1961.
- (15) EÖRSI GYULA: *Elhatárolási problémák az anyagi felelősség körében*. KJK. Bp. 1962.
- (16) EÖRSI GYULA: *A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve*. KJK. Bp. 1966.
- (17) EÖRSI GYULA – GELLÉRT GYÖRGY: *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*. KJK. 1982.
- (18) Főelőadmány, VI. és VII. köt.
- (19) KÖNIG VILMOS: *A munkaadó felelőssége alkalmazottaiért*. Jogállam 1916. 9–10. sz. és 1917. 3–4. sz.
- (20) KÖNIG VILMOS: *A magánjogi törvényjavaslat*. Jogállam. 1928. 303. p.
- (21) MÁDL FERENC: *A deliktualis felelősség a jog és a társadalom fejlődésének történetében*. Akadémiai Kiadó. 1964.
- (22) Magánjogi Döntvénytár, X., XI–XII., XIII., XVI., XXVII. köt.
- (23) MARTON GÉZA: *A polgári jogi felelősség*. Kiad. alá rend. Zlinszky János. Bp. Triorg Kft. [1992. 2]

- (24) NAGY LÁSZLÓ: *Anyagi felelősség a munkaviszony keretében okozott károkért*. KJK 1964.
- (25) Polgári elvi határozatok. Bp. 1988.
- (26) Polgári Jogi Döntvénytár. III. és IV. k.
- (27) STAND LAJOS: *A munkaadó felelőssége alkalmazottaiért*. Jogállam. 1–2. sz.
- (28) SZIGETI LÁSZLÓ: *Az üzem kártérítési felelőssége*. Jogállam. 1927. 271. p.
- (29) SZLADITS KÁROLY: *A 84. sz. TÜH alkalmazása*. Jogtudományi Közlöny, 1917–1918. 225. p.
- (30) SZLADITS KÁROLY, Magyar Jog, 1921. 184. p.
- (31) SZLADITS KÁROLY: *Magyar magánjog*. IV. köt.
- (32) TURY SÁNDOR: *Megállhat-e a m. kir. Curia jogegységi tanácsának 13. sz. polgári döntvénye?* Jogtud. Közl. 1917. 5. szám melléklete.
- (33) ÚJVÁRINÉ ANTAL EDIT: *Egy joghézag ürügyén. [Alkalmazottért és megbízottért való felelősség.]* Jogtudományi Közlöny 8/93:328–330.
- (34) ZOLTÁN ÖDÖN: *Felelősség szerződésen kívül okozott károkért*. KJK. Bp. 1961.

LÁSZLÓ ÖRKÉNYI

THE LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY THE EMPLOYEE TO THIRD PARTY

(Summary)

Though the roots of the law claiming for damages date back to Roman times, the institution of liability for damages caused by the employee to third party only appeared in the last century. Its appearance took place simultaneously Withand was closely related to the revision of underlying principles of liability for damages based on culpability although these principles were found inrefutable for centuries, and to many other similar constructions of strict liability.

The essay tries to represent the more than a century long national development of this institution and it examines the coherence between the culpability system and first of all the latest dogmatical conception about the objective constructions of liability and as well as those circumstances which made their appearance possible. I try to survey step by step those logical methods, according to which the application of law – starting from the earlier legislative products – helped to develop the solution for the practical questions raised by the regulation of damages caused by the employee and find a coherent solution with modern conception of liability.

An interesting aspect of the surveying these questions is that the development of domestic law cannot be characterised according to general european patterns in spite of the similar, simultaneous demands.

The next part of the essay examines why this progressiv practice was not included in the draft of the Hungarian Code of Civil Law, finally I present a short history of the operative rules also introducing its practical methods and the problems of interpretation.

Anglia és a római jog

I. Bevezető megjegyzések

Véleményem szerint a római jog továbbélésének körében a civiljognak az angol jogfejlődésre gyakorolt hatása az egyik legérdekesebb, és máig sok jogtudományi vitára alapot adó kérdés. Ennek ellenére úgy tűnik, hogy a magyar szerzők nem, vagy csak érintőlegesen foglalkoztak és foglalkoznak a témával, így az ide vonatkozó szakirodalom is igencsak szűkösen mondható.

A vitathatatlan elméleti érdekességen túl különös gyakorlati aktualitást ad a kérdés vizsgálatának az Európai Unió keretei között végbemenő magánjogi jogegységesítési folyamat, amely számos, eddig soha fel nem merült kérdést vet fel az egyes tagállamok nemzeti jogrendszereinek kapcsolatát illetően.

Az Európai Közösségben zajló gazdasági és politikai integráció a jog történetének eddigi legátfogóbb és legösszetettebb jogharmonizációs programját hozta, melynek kultúrtörténeti jelentősége talán csak a római jog európai recepciójának folyamatához hasonlítható.¹

A jogharmonizáció során kiemelt jelentőséget kap az egyes nemzeti jogrendszerek közös pontjainak felkutatása. Ehhez azonban a két meghatározó európai jogfejlődési irány, nevezetesen a kontinentális és az angol vonulat viszonyát is új megvilágításba kell helyezni, melynek talán legfontosabb lépése az angol jog teljesen elszigetelt fejlődéséről szóló mítosz megrendítése lehet. Tudvalevő, hogy sokáig az volt az általános vélekedés a La Manche-csatorna mindkét oldalán, miszerint az angol common law szinte teljesen függetlenül alakult ki Európa más államainak jogától, és ebből mintegy következett a római jog jelentékeny hatásának kategorikus tagadása Anglia jogfejlődésére. Mára azonban egyre több neves jogtörténész és civilista figyelmeztet arra, hogy a kérdés korántsem ítéhető meg ilyen egyszerűen. Az angol jogtörténet-tudományban iskolát teremtett Peter B. H. Birks, aki következetesen konkrét eseteken, bírói döntéseken keresztül próbálja bizonyítani, hogy a római jog szabályai tisztán jelen voltak és vannak ma is az angol jogrendszerben.

Az előbbi gondolatmenetet folytatva az EU-ról talán Birksnél is fontosabb megemlíteni Reinhard Zimmermann nevét, aki több tanulmányában is felhívja a figyelmet arra, hogy az európai jogegység kibontakozásával párhuzamosan elengedhetetlen a római

¹ KENDE TAMÁS (szerk.): *Európai közjog és politika*. Budapest, 1995. 355. p.

jog angliai hatásának vizsgálata, mivel a római-kánonjogi hagyománynál keresve sem található jobb alap e történelmi folyamat elősegítésére.

II. "A hagyományos álláspont" kritikája

A hagyományos elmélet szerint a római jog hatása Angliában szinte elhanyagolható: *"A szász és a frank-normann jog szintéziséből alakult jogrendszer megőrizte hűbéri formásgait, s nem vette fel a római jogot a kapitalizálódás idején sem."*²

Teljesen nyilvánvaló, hogy Angliában nem beszélhetünk a németországihoz hasonló recepcióról, de vajon tartható-e ez a sokáig "communis opinio"-ként elfogadott álláspont, mely ilyen mereven elutasít bármiféle érdemi kapcsolatot a római jog és az angol common law között?

Meggyőződésem, hogy a kérdéskör vizsgálata során ennél jóval árnyaltabb megközelítésre van szükség. Fölöttébb valószínűnek látszik azonban, hogy a – talán nem is annyira távoli jövőben – megalkotandó Európai Polgári Törvénykönyv kapcsán a kodifikációnak még a gondolatától is idegenkedő angolok nem lesznek könnyű tárgyalópartnerek. A jogegység ily módon való betetőzésére az átlag angol jogász körülbelül ugyanolyan szentségtörésként gondol, mintha valaki "a kontinensről" arról igyekezne meggyőzni, hogy az út jobb oldalán vezesse az autóját, vagy hogy tej helyett ezentúl citrommal igya ötórai teáját, mondjuk reggel háromnegyed nyolckor.

Szabadjon a következőkben mégis arra vállalkoznom, hogy bemutassam a jogtudományban fellelhető figyelemreméltó véleményeket az angol jog európai jellegével kapcsolatban, ami jórészt a római jogi hatások feltérképezését jelenti e művek segítségével. Két fő dimenziót különíthetünk el a vizsgálat szempontjából. A szemléletesség kedvéért ugyanis célszerű külön bemutatni a common law és a római jog közt az egyes történeti korokban fennálló viszonyt, amit nevezhetünk *külső kapcsolatnak*, valamint a jogrendszerek szellemiségének, a jogászok gondolkodásának elemzésével feltárható *belső kapcsolatot*, ami bizonyos jogelméleti, jogfilozófiai szemléletet igényel. A vizsgálat két dimenziója közötti mintegy átmenetként dolgozatomban külön részt szentelek egy konkrét kötelmi jogi probléma, nevezetesen a kontinentális kauza-tan és az angol consideration-elmélet közötti kapcsolat bemutatásának.

III. Külső kapcsolat a római jog és a common law között

1. A Merton Statútum utáni helyzet

A dolgozatomban górcső alá vett – és általam némiképp önkényesen kiragadott – jogtörténeti korszakok közül elsőként mindenképp érdemes szót ejteni a common law kialakulásának időszakáról

A common law kialakulása a normann hódítással vette kezdetét, és e jogrendszer egyedülálló jellegének hangsúlyozása évszázadokon keresztül meghatározó volt a szí-

² BRÓSZ-PÓLAY: *Római jog.* 7. kiadás, Budapest, 1992., 89. p.

getorszáiban. Az angolok saját jogukat egy eredeti, minden idegen befolyástól mentes nemzeti vívmánynak tekintették, és talán tekintik ma is

Már a XII. században tudatos harc folyt a római jog, illetve annak oktatása ellen, melyet királyi törvények is tilalmaztak. Ennek a folyamatnak a betetőzését a Mertoni Statútum jelentette, mely 1236-ból származik, és egyebek mellett az alábbiakat tartalmazza:

“Omnes comites et barones una voce responderunt quod nolunt leges Angliae mutare quuae hucusque usitate sunt et approbatae”.

Ez a mondat a következő évszázadokban meghatározó mértékben befolyásolta az angol jog fejlődését. A Mertoni Statútumban a világi rendek elutasították az “ország jól bevált törvényeinek” római-kánonjogi szabályokkal való helyettesítését.

A statútum nyomán – annak ellenére, hogy az oxfordi és cambridge-i egyetemeken ekkorra már kiváló művelői voltak a római jognak – igen különleges jogi oktatási rendszer épült ki Angliában. Ahhoz ugyanis, hogy elejét lehessen venni egy, a kontinensen kialakuló jogászjog (*Juristenrecht*) gyakorlati térhódításának, el kellett különíteni a jogásképzést az egyetemi oktatástól.

A jogászjog – ami alatt lényegében a generációkon keresztül kiművelt és oktatott római jogot (*Gelehrtes-Recht*) értjük – a recepció fontos tényezőjét jelentette Németországban, és így a jogtudomány meghatározó hatással volt a gyakorlatra. Franz Wieacker szavaival élve a recepció tulajdonképpen a “jogélet tudományosításával” azonosítható.³ Ezt a folyamatot tehát Angliában a gyakorlati jogásképzésnek az egyetemi közegtől való elszigetelése volt hivatva megakadályozni.

Kérdéses, hogy mindez mennyire valósulhatott meg egy Statútum rendelkezései alapján, mindenesetre tény, hogy kialakult az angol jogász hivatás (*legal profession*), melynek tagjai egy zárt rendet alkottak, és amely az utánpótlás nevelését tudatosan a hazai jog talajára kezdte helyezni. Az ügyvédi kar képzése így nem az egyetemeken zajlott, hanem a négy londoni *inn of court*-ban, az *Inner Temple*-ben, a *Middle Temple*-ben, a *Lincolns Inn*-ben és a *Grays Inn*-ben. Az oktatás egyébként rendkívül sokba került, így csak az előkelő családok fiai engedhették meg maguknak a common law tanulását, sőt a bejutásnak is komoly feltételei voltak. A diákokat ezen iskolákban a jog mellett retorikára, táncra, zenére, udvari etiketre is megtanították.

Ezek az *inn of court*-ok voltak tehát az angol szokásjog igazi védőbástyái, és a jogász rend tagjai igyekeztek a római jogot minden lehetséges módon maguktól távol tartani. Korabeli források szerint a gyakorlatban mindez annyira igaz volt, hogy ha egy common law jogász római joggal, vagy kánonjoggal kapcsolatos forrásba botlott, azt azon nyomban szétlépte, vagy elégette.⁴

2. “A birodalmi anya és az ő pápai leánya”

A teljesség kedvéért mindemellett szólni kell az angol jogfejlődés másik, a korban igen fontos tényezőjéről, a római jogi műveltségű jogászok táboráról, akiről méltatlan-

³ Az idézetet ld. RUSZOLY JÓZSEF: *Európa jogtörténete*. Budapest, 1996. 92. p.

⁴ GEORGE CRABB: *The History of English Law*. p. 78.

nul keveset olvashatunk, annak ellenére, hogy a common law vonulat mellett azért ők is jelentékeny szerephez jutottak.

A római jogi hatások fő hordozója Angliában a kánonjog volt, mely a katolikus egyház térhódításával egyre szélesebb körben került alkalmazásra. Ehhez járult hozzá, hogy a Digesta megtalálása után Irnerius professzor megkezdte a törvénytől széljegyzetelését, magyarázatokkal való ellátását, 1180-ban pedig a római jog oktatását a bolgnoi egyetemen. Az általa megalapított glossatori iskola képviselőjeként kezdte meg a jog tanítását az oxfordi egyetemen egy másik neves professzor, a lombard származású Vacarius. Az ő nevéhez fűződik a *Liber Pauperum* elkészítése, mely meghatározó hatást gyakorolt a későbbi angol joggyűjteményekre. Rövidesen Cambridge is felzárkózott, és itt is megindult a római jog oktatása.

Ezt a folyamatot az egyház nagyban szorgalmazta, amivel persze a common law jogászok féltékenységét váltotta ki, akik egyenesen a királyhoz fordultak annak érdekében, hogy a civiljogi művek oktatását tiltsa meg az egyetemeken, Vacariust pedig ne engedje tanítani. Jóllehet valóban sikerült a királytól kicsikarniuk egy ilyen rendeletet, mégis az egyetemeken tovább nőtt az érdeklődés a tárgy iránt, és a gyakorlatban igenis folyt a tanítás, sőt diplomákat is osztottak.

Az oktatáson túl a klérus a jogalkalmazásban is mindent megtett annak érdekében, hogy a kánonjog (és ezen keresztül a római jog) kerülhessen előtérbe a common law-val szemben. Különösen így volt ez az egyházi bíróságok (*ecclesiastical courts*) tekintetében. E bíróságok egészen a reformáció idejéig Angliában is igen széles jogszolgáltató tevékenységet folytattak, és nem lehet eléggé hangsúlyozni, hogy nemcsak az egyházi személyek pereiben ítélkeztek, hanem az ő hatáskörükbe tartozott a házassági ügyektől kezdve az öröklési jogi vitákon keresztül a becsületsértési perekig nagyon sok jogvita. Ezen a ponton tehát tagadhatatlan a római jogi hatás, Sir Frederick Pollock rendkívül érzékletes szavaival élve: "*The imperial mother and her papal daughter were fairly good friends*"- azaz szöszszerinti fordításban a birodalmi anya és az ő pápai leánya igen jó barátságban voltak,⁶ vagyis Angliában a kánonjog volt az a fő csatorna, melyen keresztül e korban a római jogi hatás megfigyelhető.

Gyakran elhanyagolt momentum továbbá, hogy a római jog híveinek nemcsak az egyházi bíróságokon volt lehetőségük a kánonjog alkalmazására, hanem a Kancellári Bíróságon (*Court of Cancery*), a Lovagi Bíróságon (*Court of Chivalry*) és az Admirális Bíróságán (*Court of Admiralty*) is meghatározó befolyással bírtak az oxfordi és cambridge-i egyetemen végzett jogászok, akik egyértelműen a kontinentális gondolkodás képviselőinek tekinthetők. A lordkancellári tisztséget például egészen VIII. Henrik idejéig egyházi személyek töltötték be.

Nem vitás tehát, hogy a korabeli angol jogéletben igenis jelen volt a római jog, és természetes, hogy a gyakorlatban nem lehetett egy ájtárhatatlan fallal elválasztani a common law-tól. Így annak ellenére, hogy voltak valóban autentikusan angol, az ősi szokásjogon alapuló szabályok, mégis ezek mellett igenis hatott a római jog, és az ettől egyes esetekben eltérő kánonjog.

⁵ King STEPHEN: 1135–1154.

⁶ SIR FREDERICK POLLOCK, FREDERIC WILLIAM MAITLAND: *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 1898 p. 116. Idézi: ZIMMERMANN: *Das Römisch-kanonische ius commune...*, p. 16.

3. Bracton és a római jog

Dolgozatom e részében részletesebben szeretném bemutatni Henry Bracton XIII. századi jogkönyvében fellelhető civiljogi hatásokat. E látszólag nem túl jelentős kérdéskör vizsgálata meggyőződésem szerint lényeges támpontokat adhat a római jognak az angol jogrendszerre gyakorolt hatásainak megítélésében, mégpedig azért, mert Ranulph de Glanvill *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* című műve mellett Bracton jogkönyve több évszázadon keresztül irányt szabott a common law alakulásának. Az említett két szerző műve ugyanis jogforrási jelentőségre tett szert a szigetszámban, azaz *book of authority*-vá vált.

Henry Bracton (vagy ahogy a korabeli források említik, Henricus de Bracton) életével és munkásságával három szerző foglalkozott mélyrehatóan. Vinogradoff⁷ Sir Frederic William Maitland⁸ és Hermann Kantorowicz⁹ kutatásai közül számomra az utóbbi tűnik legátfogóbbnak, így elsősorban az ő *Bractonian Problems* című monográfiájára támaszkodnék.

Bracton személyéről dióhéjban annyit, hogy 1200-tól 1267-ig élt, az exeteri káptalani iskolában tanult jogot, ahol ekkorra a bolognai egyetemen iskolázott Thomas of Marlborough jóvoltából igen tekintélyes római jogi könyvgyűjtemény halmozódott fel. Bracton Azo-t, a korabeli Anglia elsoszámba sorolt civiljogászát tekintette példaképének, akit nem véletlenül emlegettek *Legum Dominorum Dominus*-ként.

Bracton 1250 és 1258 között készítette el élete nagy művét, melynek címe: *De legibus et consuetudinibus Angliae* (Anglia törvényeiről és szokásairól).

A jogkönyv a Gaius által kialakított hármastagozás szerint építkezik. Egy általános bevezetés után az első rész a személyekről, a második a dolgokról, a harmadik pedig a keresetekről és a kötelekekről tartalmaz szabályokat.¹⁰ A joggyűjtemény latin nyelven íródott és mintegy kétezer jogesetet dolgoz fel.

A mű tartalmát vizsgálva nyilvánvaló, hogy a szerző mélyreható civiljogi ismeretekkel rendelkezett. A szerkezeten és terminológián túl a *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* rengeteg helyen támaszkodik (nem egyszer szó szerint) az *Institutiones*, a *Codex* és a *Digesta* szabályaira is. A *Digesta*-ból különösen a *Vetus* és a *Novum* emelendő ki ebből a szempontból. Bracton magas szintű jogász gondolkodását bizonyítja, hogy a római jogi örökség e számos forrását képes volt átlátni, és a szövegeket megérteni, sőt alkalmazni. Nem túloz Kantorowicz, amikor a következőket írja: „Bracton was ... consciously adapting ancient Roman Law to contemporary English custom.”¹¹ azaz Bracton tudatosan vitte be az ősi római jogot a korabeli angol szokások rendszerébe, sőt azt is bizonyossággal kijelenthetjük, hogy ahol azt az angol szokás jog megengedte, Henry Bracton szinte teljes egészében lemásolta a iustinianusi törvényhelyeket, egyfajta szubszidiárius háttéranyagként kezelve azokat.¹²

Elsősorban Maitland kritizálta Bracton jogász felkészültségét. Nem állíthatjuk, hogy szerzőnk a glossatorokéhoz hasonló magas szintű dogmatikai készségről tenne

⁷ PAUL VINOGRADOFF: *The Roman Elements in Bracton's Treatise*, Yale Law Journal 32., 1923.

⁸ SIR FREDERIC WILLIAM MAITLAND: *Bracton and Azo*, vol. 8 of the Publications of the Selden Society.

⁹ HERMANN KANTOROWICZ: *Bractonian Problems*, Glasgow 1941.

¹⁰ 4b-7b, 7b-98, illetve 98b-444.

¹¹ KANTOROWICZ: i. m. p. 28.

tanúbizonyságot, de talán az sem elhanyagolható, hogy elméleti fejtegetések helyett képes volt tudását a gyakorlatba átültetni és egy évszázadokon át használt jogkönyvet elkészíteni. Az ókori remekjogászokhoz hasonlóan tehát Bracton elsődlegesen nem teoretikus volt, hanem nagyon is pragmatikus beállítottságú szerző. Ezt elfogadva is vitán felül áll azonban, hogy egy ilyen átfogó munka elkészítéséhez nagyon stabil római és kánonjogi műveltséggel kellett hogy rendelkezzen.

Mint ahogy korábban jeleztem, Bracton műve hosszú ideig meghatározó jelentőséggel bírt a mindennapokban, így nem nehéz belátni, hogy az általa felhasznált civiljogi szabályok be kellett hogy épüljenek a common law rendszerébe. Nyomatékkal említést érdemel végül, hogy az angol szokásjog védőbástyáinak nevezett *inn of court*-okban is alapvető forrásként használták a *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*-t, következésképp a common law jogászok akarva akaratlanul is megismerkedtek a római jognak legalábbis a rendszerével, terminológiájával, módszereivel és sok helyütt szabályaival is.

Új szellemiség kialakulása az angol jogtudományban a XVIII. századtól

Az angol jogtörténet egyes korszakait végignézve nem tűnik alaptalan észrevételnek, hogy Angliában a római jog primátusának hirdetése gyakran politikai érvként is előkerült, sajátos eszközként szolgált továbbá az egyház kezében, heves indulatokat korbácsolva az ősi angol szokásjog kizárólagosságát hirdetők körében. A parlamentarizmus hívei például talán nem alaptalanul viseltettek ellenérzéssel bizonyos római eredetű közjogi elvekkel kapcsolatban, melyek az uralkodók kezében ideológiai fegyverként funkcionáltak. Ez az elutasító alapállás jellemzett számos angol jogtudóst, amit Frederic William Maitland egy művében úgy minősít, hogy: “*that fatal disease of contended insularity, which so easily besets the English*”,¹³ azaz egyfajta végzetes kórként jellemzi azt a felfogást, mely a fényes elszigeteltség (*splended isolation*) eszméjét túlzott radikalitással a jog területére is kiterjeszti.

A római jognak ezzel a messzemenő tagadásával szemben lépett fel a *treatise writers* csoportja, akik a már XVIII. század végétől hangsúlyozzák, hogy a common law igenis az európai jogi kultúra része, és nagyban érezhetők benne bizonyos római jogi hatások. Sir William Jones egy 1781-ben megjelent könyvét idézve pontos képet kaphatunk e haladó irányzat hozzáállásáról: “*I purpose to begin with treating the subject analitically, and having traced every part of it up to the first principles of natural reason, shall proceed historically, to show with what perfect harmony these principles are recognised and established by other nations, especially the Romans as well as by our English courts, when their decisions are properly understood and clearly distinguished*.”¹⁴ Kiemelten áll ez a megállapítás (tehát hogy a kontinentális, különösen a római jogi alapelvek tetten érhetők az angol bírák döntéseit elemézve) a szerződési jog vonatkozásában, ahol a XIX. század gazdasági fejlődése nyomán sürgető igény jelentkezett az általános érvényű elméletek kidolgozása és még inkább a rendszerbefoglalás iránt.

¹³ SIR FREDERIC WILLIAM MAITLAND: *Why The History of English Law is Not Written in*: H. A. L. FISCHER (H. g.) *The Collected Papers of Frederic William Maitland* Band 1. – 1911. p. 460.

¹⁴ SIR WILLIAM JONES: *An Essay On The Law Of Bailments*. London, 1836.

Mindehhez olyan művek kellettek, melyek a kötelmi jogot egységes egészként kezelik az egyedi, összekuszált és emiatt sokszor használhatatlan precedensekkel szemben. E könyvek szerzői (akik a római jogi szabályok iránt komoly bizalommal viseltettek) a fent említett időszakban kezdték el azt a munkát, amit a kontinentális jogászok már évszázadok óta műveltek, így tehát nem meglepő, hogy az elődök művei igen nagymértékben befolyással voltak rájuk.

Ahogy eddig már többször is tapasztalható volt, az angol jog történetét vizsgálva, az oxfordi és cambridge-i egyetem a XIX. században is komoly bázisát adta a római jog iránt elkötelezett jogászok képzésének, mivel a két egyetem jogi fakultása továbbra is a kontinentális modell szerinti felépítést követte. Itt kell megemlíteni Sir Henry Sumner Maine (1822–1888) nevét, aki a római jog intézményeinek kiemelkedő szerepet tulajdonított az angol jog összehasonlító elemzése során. Maine fő műve az *Ancient Law (Ósi jog)*, amely 1861-ben jelent meg.¹⁵

A XIX. század új közelítésmódja tehát fontos lépés az angol jogi gondolkodás fejlődésében. A tudományos vizsgálódás során ugyanis nyilvánvalóvá vált, hogy egyes elméletek, jogintézmények esetében téves az elképzelés, hogy ezek kizárólagosan hazai eredetűek. Olyan elméletekre is áll ez, melyeket az általános vélekedés sokáig „tipikusan angolnak” tekintett.

Ha már az előbb a szerződési jogra hivatkoztam, akkor ezen állítás alátámasztására e helyen példaként hozható a *consideration-doktrina* kérdése, melyet egy sajátosan angol szerződésjogi jelenséggént volt szokás értékelni. A tárgyat közelebbről megvizsgálva azonban Reinhard Zimmermann bebizonyítja, hogy – legalábbis eredetét tekintve – nem egy elszigetelt kuriózumról van szó, mivel az elmélet gyökere ha homályosan is, de római-kanonjogi.¹⁶

IV. A consideration doktrínája

1. *Ex nudo pactio oritur actio?*

A római jogban a stipulationál megkövetelt szigorú formalitás alkalmas volt arra, hogy biztosítsa a felek komoly ügyleti szándékát. Ez a kérdés-felelet forma még a hanyagságra hajlamos felet is arra ösztökölte, hogy valóban odafigyeljen arra, amit a szerződésben vállal. Ebből a nézőpontból az *ex nudo pactio non oritur actio* elve alapvetően a gyakorlatlanok és nem kellően éberek védelmét szolgálta. Mégis mi lehetett az oka annak, hogy éppen a kánonjogászok voltak azok, akik szakítottak ennek az emberbarátnak is nevezhető szabálynak az alkalmazásával, amikor az *ex nudo pactio*

¹⁵ HAMZA GÁBOR: *Maine és a XIX. század európai jogtudománya*, Jogtörténeti előadások II. - Bp. 1990.

¹⁶ ZIMMERMANN, *Das Römisch-kanonische ius commune...* pp. 16–18. A szerző egy rövid történeti áttekintés után párhuzamot von az angol consideration-doktrina és a kontinentális causa-tan között. Jólal részletesebben olvashatunk a kérdésről a *The Law of Obligations* c. könyvében. Dolgozatomban szeretném bemutatni Zimmermann kétségkívül figyelemreméltó elméletének sarokpontjait, mivel a neves regensburgi professzor itt teljesen újszerű megvilágításba helyez egy olyan problémát, amit mind a kontinens, mind Anglia jogászai még ma is feloldhatatlannak tartanak a szerződési jog összehasonlítása kapcsán. Ahhoz, hogy világosan bemutathassam e logikus álláspontot, a ZIMMERMANN által hivatkozott forrásokat másodkézből idézem, megjelölve a szövegek eredeti feltalálási helyét a szerző jegyzetei alapján.

oritur actio elvét megfogalmazták, és vajon ez az ellentétes szabály korlátlanul érvényesült-e?

Erre a kérdésre igen egyszerű a válasz: valójában később is áthághatatlan korlátot jelentett, hogy a kánonjog csak azokat a megállapodásokat ruházta fel peresíthetőséggel, amelyeknél a komoly és önkéntes ügyleti akarat megállapítható.

A mai modern jogrendszerek is magukévá tették ezt az elvet, ami különösen jól látszik a francia polgári jog esetében. A Code Civil art. 1131 azt mondja, hogy a szerződések csak megfelelő *causa* esetén tekinthetők érvényesnek.

Zimmerman nézete szerint itt sok más esethez hasonlóan a középkor kánonjogászai római építőkövekből egy a római jogétól eltérő elméletet építettek fel.

2. *Causa a római jogban és a kauzalitás skolasztikus elmélete*

A Digesta 2.14 címében a *causa* kifejezés két helyen szerepel, mindkét alkalommal az innominát reálszerződésekkel összefüggésben. Az elsőnél Ulpianus Aristot idézi, aki szerint a kötelem létrejön akkor is, ha a megállapodás nem esik valamelyik nevesített szerződéstípus körébe (pl. adásvétel, locatio-conductio), de csak abban az esetben, ha az ügyletnek megfelelő alapja van.

Ezen felül a *causa* megjelenik a stipulatioval kapcsolatban is. Itt ez a kifejezés az ügylet valódi, esetleg mögöttes indokát takarta, ami korántsem biztos, hogy ténylegesen el is hangzott az ügylet megkötése során. Stipulatio esetén egyébként *actio dolival* lehetett fellépni a *causa* hiányában, az ügylet absztrakt jellege miatt.

E forráshelyek adták a középkori jogászok kezébe – a fenti hasonlatnál maradva – a két legfontosabb építőkövét az új szerződési elmélet kidolgozásához. Ahogy Zimmermann fogalmaz, az építkezéshez szükséges malter pedig az okozatosság skolasztikus doktrínája volt.¹⁷

A skolasztikus tanítás szerint minden jelenséget meghatároz az azt kiváltó ok (*causa*), a *causa* pedig olyasvalami, ami nélkül egy dolog sem létezhet:

*“Illud est proprie causa alicuius, sine quo esse non potest: omnis enim effectus dependet a sua causa.”*¹⁸

Aquinói Szent Tamás szerint (Arisztotelészre visszavezethetően) négy fajta *causa* létezik: *formalis*, *materialis*, *efficiens* és *finalis*. Az aquinói tanítás szinte kínálta magát a kánonjogászok számára, hogy azt a szerződés elméletére vonatkoztatva általa terjeszthessék ki a Corpus Iurisban található *causa*-konceptiót. Ha ugyanis minden életbeli jelenségnek megvan a maga oka, azaz *causája*, abból az kell, hogy következzen, hogy ezen ontologikus jellegű törvényszerűség alól az emberek (mint jogalanyok) által kötött szerződések sem képezhetnek kivételt.

Baldus de Ubaldis az első jogtudós, aki egyértelműen levonja a fenti következtetést, amikor azt mondja, hogy nemcsak a stipulationak, de minden szerződésnek meghatározott *causán* kell alapulnia. A különbség valójában abban rejlik, hogy amíg a stipulatio, úgymond kívülről kapja a *causát*, addig a nevesített ügyletek azt eleve magukban hordozzák.

¹⁷ ZIMMERMANN: *The Law of Obligations*. p. 551.

¹⁸ AQUINOI SZENT TAMÁS: *Summa theologiae*. Tertia Pars, q.86, art 6. Idézi ZIMMERMANN: *The Law of Obligations*. p. 551.

“...*stipulatio est contractus aliunde tamen causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, emptione et venditione etc., qui sunt causa sui ipsius.*”¹⁹

Az új szerződési rendszer fejlődésében a következő logikai lépést a fenti elméletnek a pactumokra való kiterjesztése jelentette. Baldus megfogalmazása szerint:

“*Ubi non est causa, ibi non est causatum, et ideo ex pacto nudo non insurgit actio, quia actio est quoddam causatum, ergo non potest sine causa oriri.*”²⁰

Azaz mivel a “csupasz” megállapodás nem rendelkezik causával, így az nem is peresíthető. Ebből azonban az ellenkezőjére következtetéssel arra a következtetésre kell jutnunk, hogy abban az esetben, ha egy puszta megállapodás causára épül, akkor a bíróság előtt kikényszeríthető, vagyis *nudo pacto oritur obligatio*!

Az *usus modernus* idejére a *causa*-tan kontinensünk nagy részén elvesztette történetileg kétségtelenül fontos szerepét. A modern jogokban ugyanis általános alapelv, hogy minden megállapodás peresíthető. Mai gondolkodásunk szerint magától értetődik, hogy mindehhez elengedhetetlenül szükséges a felek részéről az önálló, komoly és valódi ügyleti akarat, következésképp nem is szükséges a *causa* követelményét külön is a szerződés fogalmi elemeként nevesíteni. Ennek megfelelően a XVII. és XVIII. századi német szerzők műveiben a *causa* eltűnik a szerződés fogalmának meghatározásából. Az ügyleti akarat vizsgálata pedig a gyakorlatban az eljárásjog és az ennek keretében lefolytatott bizonyítás problémájává válik. Franciaországban és Itáliában a *causa* ennek ellenére továbbra is megmaradt, mint a szerződés érvényességének elengedhetetlen feltétele, ahogy Pothier mondja: “*Tout engagement doit avoir une cause honnête*”²¹. Az általa megfogalmazott elv a Code Civil részévé vált, amely kimondja, hogy a jogos *causa* nélküli szerződéseket semmisnek kell tekinteni.

Zimmermann nagyon helyesen mutat rá azonban, hogy kár ezen rendelkezés kuriózum-jellegét túlhangsúlyozni, mivel gyakorlatilag itt a jogellenes szerződések semmiségét kimondó általános alapelvnek egy speciális megfogalmazásával állunk szemben.

3. A *consideration* szerepe az angol jogban

Kiindulásként feltétlen hangsúlyozandó, hogy a kontinenshez hasonlóan az angol szerződési jog fejlődése során is megjelent a *causa* meglétének követelménye, ami a mind mai napig tartja magát a *consideration doktrina*²² formájában. A *consideration* az angol szerződési jog legkarakterisztikusabb és egyben legproblemátikusabb eleme. Ugyanúgy, ahogy a szerződéses *causa* egyes kontinentális jogrendszerekben, a *consideration doktrina* is erősen tartja magát a gyakorlati értelmét megkérdőjelező számos kritika ellenére.

¹⁹ AD C. 4,30,13, n.23. Idézi ZIMMERMANN: *The Law of Obligations*. p. 551.

²⁰ BALDUS: *Commentaria in Decretales*. I, De Pactis, n. 14. Idézi ZIMMERMANN: *The Law of Obligations*. p. 551.

²¹ POTHIER: *Traité des obligations*. p. 42. Idézi ZIMMERMANN: *The Law of Obligations*. p. 553.

²² A *consideration* elméletéről, mint az angol szerződési jog alapvető eleméről magam először az angol jogirodalomban P.S. ATTYAH: *Essays on Contract* c. könyvében olvastam (Oxford 1986 Essay 8, pp.180–187), ahol a szerző a kontinens jogászai számára is feldolgozható módon igyekszik rávilágítani az angol szerződési jog e meghatározó jelenségének lényegére.

Bizonyos értelemben a *consideration doktrina* megalkotása nem volt más, mint gyakorlatias válasz egy égető problémára. A XVI. század folyamán ugyanis az angol bíróságok lassan kezdték lerázni magukról a középkori szerződési jog béklyóját, ami egy elavult, a *Registrum Brevium*-ba foglalt writek katalógusa által meghatározott formuláris rendszer alakjában nehezedett rájuk.²³ Az *action of assumpsit* kialakulása a felelősség kiterjesztését hozta magával és ezzel összefüggésben szükség volt egy kritériumrendszerre annak meghatározására, hogy a szerződő fél milyen kötelezettségeket hajlandó vállalni. A *consideration* eredendően arra szolgált, hogy a szerződési jog a maga "fellazított" formájában is kezelhető maradjon, azaz hogy behatárolja a peresíthetőséget az úgynevezett informális ígéretek esetében, különös figyelemmel azokra a körülményekre, melyek között a kérdéses szerződéses ígélet megtörtént. A *consideration for a promise* eredetileg azokat a körülményeket jelentette, amelyeket az ígérő figyelembe vett ígérete megtételekor, vagyis azon tényezőket, melyek a szerződéses ígélet megtételekor adott helyen és időben motiválták.

Christopher St. German híres dialógusában a *doctor of divinity* és a common law diák közti párbeszédben a következőket olvashatjuk:

"[And] of ...promyses made to a man vpon a certayne consyderacyon, yf the promyse be not agaynst the lawe. As yf A promyse to gyue B XX li. Bycause he hathe made hym suche a house or hath lente hym suche a thyng or suche other lyke, I thynke hym bounde to kepe hys promise. But if hys promyse be so naked that there is no maner of consyderacyon why yt sholde be made, than I thynke hym not bounde to perfourme it..."²⁴

E régies angolságú szöveget olvasva fény derül az elmélet teljesen racionális lényegi mondanivalójára, miszerint azok az ígéretek, melyek mögött nem áll valódi ügyleti akarat, nem tekinthetők komolynak és éppen ezért nem is peresíthetők.

Mindez nekünk mostanra már nagyon ismerősnek kell hogy tűnjék. A "csupasz" ígéretet felöltöztető ésszerű indok (*causa compulsiva*), a komoly, megfontolt, illetve önszántából való ügyleti akarat megkövetelését a felektől ugyanígy nyugodtan megfogalmazhatta néhány korabeli kontinentális jogász is.

Valójában egyébként az *ex nudo pacto non oritur actio* régi római jogi elve már három évszázaddal korábban, Azo, a híres glossator munkájának köszönhetően szivárgott be a common law rendszerébe. Ezt nyilvánvalóvá teszi egy kis couplet, melyet maga Henry Bracton idéz az Anglia törvényeiről és szokásairól írott —általam is hivatkozott— nagy jelentőségű művében: "*Re, verbis, scripto, consensu, traditione, iunctura vestes sumere pacta solent.*"²⁵

Szabadjon visszaaltalnom a kánonjogászok által alkalmazott okoskodásra, ahol a causa megkövetelése könnyítette meg az átmenetet az *ex nudo pacto non oritur actio* elvéből elindulva az *ex nudo pacto oritur actio* elvének kidolgozásához. Kísértetiesen

²³ Erről részletesebben dolgozatomban következő címében szólok.

²⁴ Second Dialogue, Chapter 24, p.229. Idézi ZIMMERMANN: *The Law of Obligations* p. 554. A szöveg mai angol írásmód szerint saját átiratomban így néz ki: "[And] of...promises made to a man upon a certain consideration, if the promise be not against the law. As if A promises to give B XX li. Because has made him such a house, or had lent him such a thing or such otherlike, I think he is bound to keep his promise. But if his promise is so naked that there is no maner of consideration why it should be made, than I think he is not bound to perform it..."

²⁵ HENRY BRACON: *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. f. 16 b.

haszonlóan zajlott mindez a common law fentebb említett XVI. századi problémájának megoldása során is. Ennek az asszimilációs folyamatnak a fő “ügynökei” a *Doctor and Student*²⁶ és a Kancellári Bíróság voltak. St. German dialógusa ugyanis – amely egyébként igen jelentékeny kánonjogi hatást mutat – az egyik legnépszerűbb és legbefolyásosabb tankönyvvé nőtte ki magát Angliában. A Court of Chancery bírásaival kapcsolatban pedig nem szabad elfelejteni, hogy ők egészen VIII. Henrik uralkodásáig egyházi személyek voltak, a kánonjog kiváló ismerői, nagy részük ráadásul az Oxford University diplomájával is büszkélkedhetett.²⁷

V. A common law és a római jog közti belső kapcsolat

1. Actio és writ, azaz a keresetjogi gondolkodás továbbélése

Az utóbbi időben mind több kutató a legmarkánsabb bizonyítékot a perjogban véli felfedezni a római jog jelentékeny angliai hatásának alátámasztására. Megemlíthető Gustav Radbruch neve, aki *Der Geist des Englischen Rechts* című művében igen figyelemreméltó összefüggésekre hívja fel a figyelmet.

Az európai jogokat nézve sok szempontból az angol perjog tekinthető a római hagyományok legtisztább folytatójának, ez pedig a precedensrendszer érvényesülése miatt az egész magánjog területére nézve meghatározó jelentőséggel bír.

Ahogy Rómában is eroteljesen érvényesült a keresetjogi gondolkodás (az illető nem az alanyi jogából indult ki, hanem abból, hogy az adott ügyre a praetor keresetet ad) és csak a császárkorra kezdtek eljutni a mai elvont kereset fogalmához, ugyanígy Angliában is csak akkor indíthatott valaki pert, ha beszerezte az adott ügyre alkalmas writet, azaz bírói parancsot. Ide kapcsolódik az angol jogi nyelvben ma is élő mondás, mely szerint *ubi remedium, ibi ius*, azaz ahol a kereset, ott van a jog is. Ez a rendszer csak az 1832-es *Law-reform* keretében került megváltoztatásra.

Gustav Radbruch szerint ez az a pont, ahol bizonyítható, hogy bizonyos értelemben az angol jog a római jognak közeli rokona, mégpedig azért, mert a jogalkotás (vagy inkább “jogtalálás”) sem Rómában, sem pedig Angliában nem elsősorban törvényeken alapszik, hanem leginkább az egyes konkrét eseteken. Így mindkettő esetről-esetre való jogalkotást jelent, azaz mindkettő esetjog, bírói alkotta jog. Radbruch igen találó szavakkal:

“...Die Englische Rechtsfindung wie klassische Römische Rechtsfindung nicht in erster Linie auf Gesetze gegründet, sondern auf einzelne Rechtsfälle, beide bedeuten Reischtsfindung von Fall zu Fall, beide sind case-law.”²⁸

2. Az equity, mint ius aequum

Ezt a gondolatmenetet tovább folytatva – tehát nem a konkrét szabályokra vagy döntésekre, hanem a jog alakulására, a jog keletkezésének módjára koncentrálva – a

²⁶ Ld. az előbbi idézetet.

²⁷ ZIMMERMANN: *The Law of Obligations* p.555

²⁸ GUSTAV RADBRUCH: *Der Geist des Englischen Rechts*. 4. Aufl., Göttingen, 1958. p. 7.

szemlélődő meglepő párhuzamot fedezhet fel a praetor által kialakított *ius aequum* és a Kancellári Bíróság joggyakorlata nyomán létrejött angol *equity* között, mely a praetori joghoz hasonlóan döntő jogforrási jelentőségre tett szert, és rövidesen a common law-val vetekedő jogrendszerre nőtte ki magát.

A Római Birodalomban a *Lex Aebutia* a II. század derekán civiljogi erőre emelte a praetor peregrinus által kialakított perrendet és az ennek keretei között található anyagi jogi szabályokat. A *ius praetorium* az új társadalmi, gazdasági viszonyoknak megfelelő rugalmas árucseréjogot jelentette, szemben a merev, és érdemi fejlődésre évszázadok óta képtelen civiljoggal szemben, melyet a formakonzervativizmus jellemzett.²⁹ Ahogy a Digestában olvasható:

“*ius praetorium est; quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*” (D. 1, 1, 7, 1)

A praetori jog egyik fő rendezőelve a görög filozófiából átvett *aequitas* eszméje, ezért *ius aequum*nak is nevezik a források.

Meglepően hasonló folyamat zajlott le a középkor Angliájában, ahol a XIV. századra a common law eredeti formájában képtelen volt megfelelni a fejlődő életviszonyok által támasztott követelményeknek. Ezt a helyzetet enyhítendő a kancellár *ex aequo et bono* új, méltányos jog kialakítását kezdte meg a *ius strictum* merevedett common law-val szemben. Mindez, akár csak az ókori Rómában, abban nyilvánult meg, hogy a kancellár annak is keresetet adott, aki egyébként a régi jog által biztosított writek között nem találta meg a megfelelőt, tehát azt, amellyel igényét eredményesen érvényesíthette volna.

A common law bíróságok ugyanis formalizált eljárásuk során igen szűk teret engedtek az igazságossági követelmények érvényesülésének. A legfontosabb momentum az eljárás szabályszerű levezetése volt (*fair trial*). Ez oda vezetett, hogy azok, akik a hagyományos bíróságok előtt nem tudták igényüket érvényesíteni, a királyhoz fordultak, akitől kegyelmet, irgalmat, vagy méltányosabb döntést vártak. A király ezen ügyeket a kancellárra bízta, aki – mint már azt említettem – 1529-ig, Morus Tamás kinevezéséig egyházi személy volt. Mindez fokozatosan rendes jogorvoslatként kezdett funkcionálni és így kialakult egy, a common lawtól eltérő központi jogszolgáltatás, amely kezdetben a király lelkiismeretének letéteményeseként tisztelt kancellár egyedi, nem jogszabályokra alapozott döntéseiben öltött testet, majd később e méltányos döntésekből kialakított jogelvekre, szabályokra alapozott, szervezetileg is elkülönülő igazságszolgáltatást jelentette.

Az 1873–75-ös átfogó jogi reform óta már csak a fenti történelmi gyökerek alapján elkülöníthető jogszabálycsoportot értjük *equity* alatt, melyet bármelyik angol bíróság alkalmazhat. Az *equity*-ben tehát a praetori joghoz hasonlóan szintén az Arisztotelész-től származó méltányosság eszméje kacsint vissza, mely tagadhatatlanul a római jogban vált az egész jogrendszer átható rendezőelvévé. Így például az *equity* méltányosabb volt a common law-hoz képest, mivel a processzuális elemek kényszerét olyan általános elvek váltották fel, mint például “*az equity inkább a szándékot veszi figyelembe, mint a formát*”, vagy “*az equity megtettnek tekint az, amit meg kellett volna tenni*”.³⁰

²⁹ Ezzel kapcsolatban ld. VARGA PÉTER: *A praetori jog, mint a jog gyors és hatékony fejlesztésének eszköze*, Szeged, 1997.

³⁰ BADÓ ATTILA: *Bevezetés az angol jogrendszerbe*, Szeged, 1993.

Minderre tekintettel megállapítható, hogy az angol jog alakulásában igenis determináló tényezőként szerepeltek egyes, az ókori gondolkodásban kialakult, és a római magánjog fejlődése során kiteljesedett alapvető elvi tételek, így talán ez is az angol jog teljesen elszigetelt fejlődéséről szóló tanok ellenében eshet latba.

3. Pringsheim "Volksgeist"-teóriája

Igen figyelemreméltó elmélet bontakozik ki Pringsheim nyomán,³¹ aki szerint az angol jogot és a római jogot sajátos belső kapcsolat köti össze. E rokonság azon alapul, hogy mindkét jogrendszer erős vonzódást mutat az egyedi, karakterisztikus jelenségek irányába, tehát elsősorban a mindennapi életviszonyokból indul ki és kevésbé hajlamos absztrakt elméletek konstruálására. Itt tehát valójában két jogrendszer szellemiségének hasonlóságáról szól a szerző. Pringsheim azt valószínűsíti, hogy a common law és a római jog közötti kapcsolat nem elsősorban kauzális történeti tényeken alapszik, hanem sokkal inkább valamiféle spirituális kapcsolaton, amit az emberek hasonló karakteréből, gondolkodásmódjából lehet levezetni. Szerinte ez egy olyasfajta kapcsolat, amely a történelmi tényeken túli dimenzióban keresendő (*a connection, that transcended history*). Természetesen ez a Volksgeist-teóriához közelálló elképzelés fölöttébb nehezen magyarázható racionális alapon, mivel egy nép karaktere, mentalitása igen nehezen megfogható dolog.

Mielőtt megmosolyognánk a pringsheimi teóriát, el kell ismernünk, hogy ez is lehet egyfajta kiindulópont a jogösszehasonlító elemzés számára. Ráadásul, ha nem is ilyen elvont módon, de más szerzők is kiemelik a metodika és a gondolkodásmód párhuzamait az angol és római jogi műveket kutatva.³² Példaként hozhatjuk fel a két jogrendszer rokon szellemiségével kapcsolatban a keresetjogi gondolkodás fentebb taglalt hasonlóságát.

A jogászai gondolkodásmód vizsgálatánál maradvá megfigyelhető, hogy mind a common law, mind a római jogászok sokkal inkább az adott eset kapcsán kirajzolódó egyedi tényállásra koncentrálnak az absztrakt módon, elméleti síkon megfogalmazott jogelvek helyett. Természetesen ez nem jelenti azt, hogy a történeti tényállás elemei és a józan észén kívül a jogdogmatika ne kapna szerepet, de mégis azt kell mondani, hogy a jogfejlődés mindenekelőtt a gyakorlatból, a mindennapok jogeseteiből táplálkozik.

Ez a szemlélet helyből tagadja, hogy a jogtudománynak az lenne a feladata, hogy "mi lenne, ha..." alapon hozzon létre jogi konstrukciókat és később megpróbálja elemezni azok várható gyakorlati hatásait. Az angol jogi felfogáshoz sokkal közelebb áll az *ex facto ius oritur* római jogi elve, vagy ahogy ők mondják: *law arises out of fact*.

4. Kalandozás Robert Blanché tudományelméleti rendszerében

A common law és a római jog belső kapcsolatát vizsgáljuk most meg egy teljesen másik aspektusból.

³¹ PRINGSHEIM: *The Inner Relationship between English and Roman Law*. London, 1935.

³² Elég itt a korábban már hivatkozott GUSTAV RADBRUCH-ra utalni.

Mindenekelőtt meg kell hogy említsem Robert Blanché nevét, aki általános tudománytörténeti kutatásai során arra a következtetésre jutott, hogy minden tudományág fejlődése során megfigyelhető egyfajta szabályszerűség.³³ Szerinte e szabályszerűség abban áll, hogy minden esetben ugyanazok a fejlődési fázisok vázolhatók fel, azaz az összes tudományág eljut egy kezdeti szintről egy Blanché által véglegesnek tekintett stádiumig. Elmélete szerint a kezdeti szakasz a tudomány leíró állapota, a fejlődés csúcsa pedig az axiomatikus stádium. A kettő között helyezkedik el az induktív, majd ezt követi a deduktív szint.³⁴

Blanché elméleti keretét vonatkoztassuk most a jog, illetve a jogtudomány területére.³⁵ Ezen az úton elindulva rövidesen fel kell fedeznünk a common law és a római jog közötti belső kapcsolat egy új dimenzióját. A fenti kategóriáknál maradvá úgy tűnik, hogy mindkét jogrendszer jórészt megmaradt az induktív szinten, ez a fő oka a kodifikált jogrendszerektől való eltéréseknek. Európa más jogrendszerei egyébként a XVII-XVIII. századra átjutottak az induktívról a deduktív szintre, sőt a törvénykönyvek megalkotása már az axiomatikus fázis irányába mutat. A jog esetében az axiomatikus rendszer ideális állapotát úgy írhatnánk le, mint szabályok zárt logikai rendszerét, ahol minden fogalom és szabály precízen körülhatárolt, hasonlatosan Hans Kelsen piramis-elméletéhez. Az axiomatikus megközelítés úgy tekint a jogtudományra, mint ami teljesen független az életbeli jogviszonyoktól, a mindennapok jogvitáitól. A jogszabályok ebben a felfogásban egy saját belső törvényszerűségekkel bíró rendszer elemei. A jogalkalmazás pedig nem más, mint plasztikus formállogikai művelet, amelyben a jogszabály absztrakt rendelkezései adják a felső premisszát, míg a konkrét esetet felépítő tényállási elemek alkotják az alsó premisszát. A jogeset megoldása pedig ez alapján nem más, mint a két premissza találkozási pontja.

Ebben az igencsak sarkított felfogásban a jogalkalmazást méltán nevezhetjük *mos geometricusnak*, ahol a szabályokhoz számok vannak hozzárendelve, és a szerencsétlen jogalkalmazó tulajdonképpen egy matematikus munkáját végzi.³⁶ Más szavakkal élve a jog tudása gyakorlatilag a deduktív modell elemeinek szisztematikus ismeretén alapul.

Lényegesen eltér mindettől az induktív rendszer metodikája, bár a szillogizmusokat itt sem lehet figyelmen kívül hagyni. Ha például a római jog alakulására irányítjuk figyelmünket, látható, hogy egy adott jogeset megoldását a jogász elsősorban a tények felé fordulva próbálja megtalálni, mintsem a jogszabályok segítségével. Ugyanez vonatkozik az angol jogra, ahol egyes fogalmak meghatározása, mint például, hogy mi a birtok, nagyban függhet a konkrét eset körülményeitől. Sokkal nagyobb a szerepe az eljárásjognak, mint a kontinensen, emellett a bírónak is sok tekintetben más a feladata. Az induktív rendszerben a bíróság elsődleges feladata az igazság megkeresése, és a

³³ Ehhez azt a kiindulópontot választja, hogy nem tesz különbséget humán és reáltudományok között, hanem minden tudományág esetében egy közös fejlődési pályát rajzol fel.

³⁴ ROBERT BLANCHÉ: *L'épistémologie* (PUF, 3e éd, 1983) p. 65.

³⁵ Erre az igen furcsa és első látásra talán kissé erőltetettnek tűnő, de mindenképpen végiggondolásra érdemes szellemi kalandozásra GEOFFREY SAMUEL & JACK RINKES: *Obligations and Legal Remedies* c. könyve szolgáltat számomra az alapot (London, 1996).

³⁶ L. LIARD: *L'enseignement supérieur* p. 397. idézi SAMUEL & RINKES i.m. p. 152.

konkrét eset tényei az elsődlegesek az ítélet meghozatalánál.³⁷ Ugyancsak az induktív rendszer sajátossága, hogy a döntés művészete (*ars iudicandi*) független az elefántcsonttoronyba zárkózó jogtudósok elvont teóriáitól (*scientia iuris*), mivel a gyakorló jogász az egyetemi professzorhoz képest az absztrakciónak egy alacsonyabb szintjén gondolkodik. A kontinensen ez az elkülönülés nem ennyire erőteljes.³⁸

Az előbb taglalt mentalitásbeli különbség szembeütnő, ha egy angol *law reportot* összevetünk egy hasonló tényállás alapján született francia vagy német bírósági ítélettel. Igen nagy eltérés mutatkozik a felfogást illetően, valamint a jogtechnikai megoldások kapcsán, annak ellenére, hogy a döntés lehet hasonló, vagy akár teljesen egybevágó.

Természetesen a vázolt elméleti keret alkalmas lehet bizonyos eltérések érzékletes bemutatására, mégsem gondolom azt, hogy a kontinentális jogrendszerek esetében tisztán axiomatikus rendszerről kellene beszélnünk. Nem kérdés, hogy ez illúziók kergetését jelentené, annál is inkább, mert napjaink gyorsan fejlődő világában a jog nem lehet pusztá elmetornáztatás tárgya, zárt rendszerekkel nem mehetünk semmire. Ennek a nagyon egyszerű magyarázata pedig nem más, mint hogy a jognak ki kell állnia a mindennapok próbáját, meg kell felelnie a társadalmi és gazdasági élet aktuális és állandó mozgásban levő követelményeinek. A kontinensen is egyre nő a szerepe a szélesebb körű bírói jogértelmezésnek, és ez már semmiképp nem vonható a fenti értelemben vett *scientia iuris* fogalomköre alá.

Manapság az axiomatikus és induktív rendszerekkel kapcsolatban az európai jogharmonizáció két angol híve, Samuel és Rinkes már egy újabb, „episztemologikus” fejlődési szintről ír, amelyik valójában már „kilógna” Blanché elméletéből.³⁹ Olyan kíváncsi rendszer lenne ez, mely az előbb említett kettő elemeinek ötvözetéből állna össze. Szerintük itt a jogtudomány fogalmai és a hétköznapi élet tényei közötti dichotómia egységes modellt alkotna, oly módon, hogy a „jogi geometria” konkretizálódna, míg a konkrét dimenzió bizonyos fokig absztrahálódna. Ahogy írják: „*the concrete is simply the abstract, rendered familiar by usage.*”⁴⁰

Ebben a felfogásban aztán újra lehetne gondolni az elméleti - konceptualista, valamint a realista közelítésmód kapcsolatát. Nem vitás, hogy a kontinentális jogtudománynak köszönheti Európa a jogszabályok és azokhoz kapcsolódó jogelvek koherens rendszerét és minden bizonnyal a valamikori európai Ptk. is ebben a szellemben fog megszületni. Különösen az angol jogra tekintettel fontos azonban, hogy az egységesülő Európában elfogadjuk a módszerek és gondolkodási módok sokszínűségét, amivel kapcsolatban kiemelendő, hogy e téren a common law igen sok rokon vonást mutat a római joggal.

³⁷ Ahogy a Digestában olvashatjuk: *In omni parte error in iure non eodem loco quo facit ignorantia haberi debet. cum ius finitum et possit esse et debeat. facit interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* D.22,6,2.

³⁸ SAMUEL & RINKES: i. m. p.152.

³⁹ Ld. részletesen SAMUEL & RINKES: i. m. p. 153. és köv., különösen a francia jog kapcsán.

⁴⁰ SAMUEL & RINKES: i. m. p.153.

5. Az alapvető értékek elmélete

Ha az összehasonlító elemzés során elkezdjük a common law jogrendszer és a kontinentális jogok közös pontjait kutatni, rövidesen találunk bizonyos értékeket, melyeket mindkét rendszer evidenciának tekint. Ilyen triviális példa, hogy az emberek értékesek, mint a dolgok, vagy – kicsit gyakorlatibb síkra áttérve – minden EU-tagállam elismeri, hogy a vásárlónak kiszolgáltató helyzete miatt szélesebb körű védelemre van szüksége a jog részéről, mint a termék gyártójának, vagy a kereskedőnek. Ezt a megközelítést nevezhetjük értékcentrikus elméletnek, melynek angol képviselője John Bell, aki szerint a jogharmonizáció első lépése az angol jogi tradíció és a kontinentális hagyomány közti kapcsolat felkutatása ezen alapvető közös értékek mentén.⁴¹ Ahogy Bell írja, a kontinens jogászait méltatlanul gyakran éri kritika amiatt, hogy elvesznek a “magukért való” absztrakt szabályok és elvek rendszerében, holott szerinte például a francia jogászok nagyon is pragmatikusak a magánjog területén.⁴² A francia bírák is használnak angol kollégáikhoz hasonló módszereket az ítéletbe foglalt döntés kialakításánál. Szerinte a jogösszehasonlítás során a különbségek helyett ezeket, a gyakorlati jogi gondolkodásban fellelhető közös vonásokat kell kidomborítani a közös európai agenda kialakítása érdekében.

Jómagam nagyon szimpatikusnak tartom ezt a fajta pozitív megközelítést, azonban szeretném bemutatni a másik oldalt is. A magyar nyelvben is immáron meghonosodott az *euroszkepticizmus* kifejezés. Ezen irányzat a konzervatív angol politikában komoly bázissal bír, és én ezzel a jelzővel illetem a jogharmonizáció ellenzőit is.

6. “Euroszkepticizmus” az európai jogirodalomban

Igen keményen fogalmaz T. Weir, amikor azt mondja, hogy ugyanúgy, ahogyan Európa nyelveit nem lehet egységesíteni, a nemzeti kulturális tradíció részét alkotó belső jogrendszerekkel is ez a helyzet,⁴³ és Weir nincs egyedül ebbéli véleményével.

Az egész *Corpus Iuris Europaeum* koncepciójának egyik legélesebb kritikusa Pierre Legrand, aki szerint a közös európai magánjogi kodifikáció eleve kudarcra van ítélve, mivel a common law szellemisége számos ok miatt kibékíthetetlenül különbözik a kontinentális jogrendszerekétől.⁴⁴ Ezek közül a legfontosabb, hogy az angol jog nem jogszabályokban gondolkodik, és a szisztematizálás sem érdekli túlzottan. Nem tudja továbbá az alanyi jog fogalmát a mi felfogásunk szerint értelmezni. Emellett az angol bíró mindenekelőtt a tények szintjén keresi döntései alapját, német vagy francia kollégájával ellentétben.

Legrand nem tagadja, hogy esetenként hasonló tényállásból hasonló következtetésre juthat az angol és mondjuk a francia jogász, de szerinte ez semmi szín alatt nem bizonyítéka annak, hogy a mentalításban is vannak hasonlóságok. Lehet, hogy az eredmény összecseng, de az oda vezető jogi okoskodás homlokegyenest eltér.

⁴¹ JOHN BELL: *English Law and French Law -Not So Different?* 48 CLP 63.

⁴² JOHN BELL: *i. m.* p. 98.

⁴³ T. WEIR: *Die Sprachen des europäischen Rechts*. 3/1995 ZeuP. p. 368.

⁴⁴ PIERRE LEGRAND: *European Legal Systems are not Converging*. ICLQ 45/1996. p. 52. s. köv.

Ezzel kapcsolatban egyébként a holland Hans Ankum is hasonlóan foglal állást, azzal együtt, hogy alapvetően elfogadja az angol jog európai karakterére vonatkozó, elsődlegesen Reinhard Zimmermann nevével fémjelzett újabb kutatási eredményeket.⁴⁵

Legrand véleménye szerint illúzió azt hinni, hogy a *ius communé*-nak a közös európai jogi tradíció alapjaként való emlegetésének hatására az angol jogászok saját hagyományait hátrahagyva meghajolnának a jogszabályok és azok rendszerezésének nagyszerűsége előtt. Ugyanígy valószínűtlennek tartja, hogy a „kontinensen” dolgozó kollégák megértenék a tények mindenek felett álló fontosságát a jogalkalmazásban, és azt, hogy micsoda erő rejlik a *common law* több évszázados történetében, a tradíciókban. Szerinte a magánjogi integráció tehát igen nehezen kivitelezhető feladat.

Kritikaként annyi jegyzendő meg mindezzel kapcsolatban, hogy Legrand sokkal inkább a jogi felépítmény formájára koncentrál a szilárd alap helyett, amit a minden tagállamban hasonló társadalmi, gazdasági viszonyok töltenek meg tartalommal. E borúlátó véleménnyel szemben szerintem a jogösszehasonlító elemzés feladata a különbségek illetén módon való kidomborítása helyett sokkal inkább a hasonlóságok megkeresése a konkrét jogintézmények, illetve a fentebb már említett alapvető közös értékek mentén, ekként ráirányítva a figyelmet a *ius commune* közös európai tradíciójának sajátos integráló szerepére.

VI. A „vegyes” jogrendszerek kutatásának jelentőségéről

Zárszóként – legalább utalás szintjén – feltétlenül szükségesnek tartom megjegyezni, hogy a *common law* és a kodifikált jogrendszerek kapcsolatának feltérképezésével összefüggésben az utóbbi években új lendületet kapott az úgynevezett „vegyes” jogrendszerek kutatása.⁴⁶ Természetesen minden jogrendszer fejlődését különféle hatások befolyásolták a történelem során. A vegyes jogrendszer kifejezés itt azon államok jogára vonatkozik, ahol együtt vannak jelen a kontinentális és az angol jogfejlődési irányból eredő sajátosságok.

A legkedveltebb kutatási terület a Dél-Afriakai Köztársaság és Skócia jogrendszere, de ugyanígy sok érdekességet rejt egyebek mellett Louisiana, Quebec, Sri Lanka, vagy Botswana joga is. E helyeken sajátosan tovább élt a római jogi hagyomány a *common law* mellett.⁴⁷ Magától értetődő, hogy sok esetben e jogrendszerek elemzése segítségével szolgálhat az európai jogegységesítés zökkenőmentesebbé tételében, és a *common law* „kibékítésében” európa más jogrendszereivel.

⁴⁵ HANS ANKUM: *i. m. p.* 63. kiemeli, hogy bár a szerződési jog területén egyes esetekben azonos következtetés adódhat, a *common law* és a kontinentális jogászok által alkalmazott módszerek mégis komoly eltéréseket mutatnak. ANKUM kiemeli még a tulajdonjog területét, ahol áthidalhatatlannak tűnő szemléletbeli különbségek vannak a két jogfejlődési vonulat között.

⁴⁶ Az angol terminológia e jogrendszerekre a „*mixed legal system*” kifejezést használja.

⁴⁷ A Dél-Afrika, valamint Skócia sajátos jogfejlődéséről és a római jog szerepéről ld. kimerítően REINHARD ZIMMERMANN: *Roman Law in A Mixed Legal System-The South African Experience*. pp. 44–80, illetve PETER G. STEIN: *Roman Law in Scotland in Ius Romanum Medii Aevi. auspice Pars V*, 13 b, Mediolani 1968.

Felhasznált irodalom

- ANKUM, HANS: *Principles of Roman Law Absorbed in The New Dutch Civil Code*. in: A. M. RABELLO (ed.): *Essays on European Law and Israel*. Jerusalem 1996.
- ATTYAH, P.S.: *Essays on Contract*. Clarendon Press, Oxford 1986.
- BADÓ ATTILA: *Bevezetés az angol jogrendszerbe*. in: Acta Universitatis Szegediensis De Attila József Nominatae, Acta Juridica et Politica, Tom. XLIV., Fasc. 1., 1993.
- BELL, JOHN: *English Law and French Law -Not So Different?* 48 CLP 63.
- BLANCHÉ, ROBERT: *L'épistémologie*. PUF, 3e éd, 1983.
- BRACTON, HENRY: *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*.
- BRÓSZ RÓBERT-PÓLAY ELEMÉR: *Római jog*. 7. kiadás, Tankönyvkiadó, Budapest 1992.
- CRABB, GEORGE: *The History of English Law (or an attempt to trace the rise, progress and successive changes of the common law from the earliest period to the present time)*. Barrick and Cradock, London 1829.
- Európai közjog és politika*. KENDE TAMÁS (szerk.), Osiris-Századvég Budapest 1995.
- HAMZA GÁBOR: *Maine és a XIX. század európai jogtudománya*, Jogtörténeti előadások II., Budapest 1990.
- JONES, SIR WILLIAM: *An Essay On The Law Of Bailments*. London 1836.
- KANTOROVICZ, HERMANN: *Bractonian Problems*. Jackson, Son & Co., Glasgow 1941.
- LEGRAND PIERRE: *European Legal Systems are not Converging*. in: ICLQ 45./1996.
- MAITLAND, SIR FREDERIC WILLIAM: *Bracton and Azo*, vol. 8 of the Publications of the Selden Society.
- MAITLAND, SIR FREDERIC WILLIAM: *Why The History of English Law is Not Written* in: H. A. L. FISCHER (H. g.) *The Collected Papers of Frederic William Maitland* Band 1. 1911.
- PRINGSHEIM: *The Inner Relationship Between English and Roman Law*. London 1935.
- RADBRUCH, GUSTAV: *Der Geist des Englischen Rechts*. 4. aufl., Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen 1958.
- RUSZOLY JÓZSEF: *Európa jogtörténete*. Püski, Budapest 1996 .
- SAMUEL, GEOFFREY & JACK, RINKES: *Obligations and Legal Remedies*. Cavendish Publishing Ltd., London, 1996.
- SCHULTZ, FRITZ: *Classical Roman Law*. Clarendon Press, Oxford 1951.
- STEIN, Peter G.: *Roman Law in Scotland*. in: *Ius Romanum Medii Aevi*, auspice Pars V, 13 b, Mediolani 1968.
- VARGA PÉTER: *A praetori jog mint a jog gyors és hatékony fejlesztésének eszköze*. in: Acta Universitatis Szegediensis De Attila József Nominatae, Acta Juridica et Politica, Tom. LII., Fasc. 11. 1997.
- VINOGRADOFF, PAUL: *The Roman Elements in Bracton's Treatise*. Yale Law Journal 32., 1923.
- WATSON, ALAN (ed.): *The Digest of Justinian, translation*. PENN, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1985.
- WEIR, T.: *Die Sprachen des europäischen Rechts*. in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3/1995.
- ZIMMERMANN, REINHARD: *Das Römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*. JZ, 1992./1.

ZIMMERMANN, REINHARD: *Roman and Comparative Law: The European Perspective (Some remarks apropos a recent controversy)*. Legal History, Vol.16. No.1 1995

ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Juta & Co. Ltd., Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1990.

ZIMMERMANN & VISSER: *Southern cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Cape Town 1996.

OROSZ GÁBOR

ENGLAND AND ROMAN LAW

(Summary)

The paper discusses a topic, that has been subject of intensive debate in legal literature. Opposing the so called *communis opinio*, the author tries to show that - from a historical perspective - Roman Law played a considerable role in the development of English common law.

Although in England we cannot speak about reception in the pandectist sense, if we focus carefully on some vitally important stages of English legal literature, we cannot neglect the effects of the common European legal tradition, that derives from Roman Law itself.

Starting from Bracton's Treatises, Roman elements have a significant part in many English institutions of both private and criminal law.

Dealing with the connection between English and Roman Law, we must also take a close look at the so called inner relationship between the two legal systems. Examining the inner relationship one must focus on the manner of legal thinking both in Rome and in England, which leads to some very impressive conclusions. Both legal systems are based on case-law, which means that the practical way of legal thinking is the strongest connection between them.

Also there is a surprising historical parallel between the development of English Equity and *ius aequum*, built by the praetor peregrinus of Rome, which meant the modernisation of law in both systems, reacting to the upcoming challenges of everyday life.

The author agrees with Reinhard Zimmermann and Peter H. Birks, who emphasise the need for further research in this area. Focusing on the relationship between English and Roman Law is a vital element of showing the existence of the common European legal tradition, which has a highly important actuality in the age of legal unification within the EU.

KRISZTINA RÚZS MOLNÁR

Summing the Difficulties and the Results of the Public Education in Hungary

1. Introduction

Every person in Hungary would like to see the country as a prosperous land with a secure economy where people are satisfied, employed, and assured that they can see their children and grand-children grow up in a politically and economically balanced system. This vision of the future may be imaginary, however the future of the next generations lies in the plans and measures, which are currently being and developed and implemented. The efforts made now will have their consequences in the near or further future. The responsibility for the possible welfare of our prospective society rests with the decision-makers of today.

Several factors have their impact on society and employment for the next decades: demographic changes, globalisation of economies and societies, new information and communication technologies, changes in the labour market and its structure, and according to the research, education.

Education is a fundamental area of life, both from the individual's and the society's point of view. It is a special field where national and personal interests can and should meet. The future prospects of the domestic economy, the quality of work, and the welfare of the country are based on this sphere. That is one of the reasons, why the questions of education-policy are always in the foreground.

This paper introduces the main periods of the Hungarian educational policy from the era immediately before the Second World War until today. It recalls some elements of the socialist past of the country, which is essential in understanding the present economic and educational situation. It also sums up the political and economic changes in Hungary, how these factors and their consequences influenced the labour-market, and the difficulties our country has to face due to the political and economic changes of the past eleven years. This section illustrates the new challenges in employment in general and its effect on Hungary and the Hungarian work force.

After the Second World War there was a 40-year-long period when the Western countries continued their development both in terms of economy and education. There were approaches which determined the educational policy of the different countries but which could not reach our country behind the Iron Curtain. After the changes in 1989 and 1990, Hungarian education had to reintegrate into the western- and global

mainstream. The current processes in the global and European trends of education cannot be understood without knowledge of the roots from which the present educational approaches stemmed. These trends are also mentioned in this paper.

Hungary and the European Union are currently negotiating about the future membership of our country. There are many obligations in connection with the vocational training policy of the Union (among the *acquis*), that Hungary has to achieve. The Union has a very sophisticated regulation in this respect, aiming at a better-educated work-force in order to reach high value-added production in the economy. This is the reason for a longer chapter devoted to this topic.

II. Changes in the Economic and Political Attitudes of Hungary after 1989

Describing the effects of the economic and political changes in Hungary – which are rooted in the past –, in a nutshell is rather complex. Without the intention to be exhaustive, I am going to attempt to give a picture of these changes as they bear crucial importance in understanding the present state of the labour market and the educational system. We cannot find such a mixture of ideological, political and economic conditions in the West-European countries as we have here in Hungary. It is known that these conditions determine the future development of the country.

The society of present Hungary consists of many people, who lived in the communist era for many years and are bound by various experiences and memories to the past. This fact has far-reaching consequences for the general political and economic attitude of the society.

We carry a problematic heritage, the communist-socialist past of the country. As the change of the political system took place only 11 years ago, the past, with all of its positive and negative consequences, is still with us. That atmosphere can still be felt, as it is encased in the memory of the people. It is something concealed, a phenomenon, that we have to deal with if we want to understand the present Hungary.

Searching for one attribute to characterise the period of socialism, we find: predictability. Regardless of whether it was beneficial, it is obvious that the whole of economic and political life operated in a predictable way. This is missed by many people. This predictability conveyed a feeling of safety for the whole society. People were confident that the following day they would have work, a workplace and would receive a "reasonable" salary from which they can live at a desirable level. There were no significant inequalities among members of the society. This safety provided tranquillity for people in their every-day lives from a financial point of view. But, naturally, the situation in its entirety was not that clear; for example – as it is well-known – information about happenings in the western part of the world was held back from the population; there were no foreign television channels, newspapers, periodicals, there were no foreign (western) products to illustrate the life of the western countries, and as the opportunity to travel abroad was very limited [the possibility existed only to the Comecon (*Council for Mutual Economic Aid*) -countries], it was impossible to gather personal experience in the Western countries.

Nevertheless, from certain channels, e.g. from the few people (mainly artists, scientists) who had the chance to visit the "bourgeois countries", people developed the

impression that in those lands, on another economic basis, a quite different social system existed, which provided a higher living-standard, a more leisurely life than what existed here, behind the Iron Curtain.

The secret-mongering of the state, the strict penalty for any relationship with the "enemies of Socialism", the moles of the state/Party at every workplace and every segment of life caused mistrust in the people towards the state/Party. It was impossible to identify with these restrictions and the members of the society kept a sceptic watch over the events. Consequently, the citizens gradually became estranged from the state/Party in terms of people not being able to identify with the state. It was not 'their' state; it was an organisation which had to be tolerated. This point is important because of its effect on the present. The sceptical thinking of society can be very useful even today, (it helps the government to shape its self-critique). However, in a democratic country, where parliament is elected by the citizens, this thinking can make life quite difficult. This feature differentiates Hungary from the Western states in terms of the "legitimacy" of the state as seen by the inhabitants.

Hence, on the one hand, people possessed a safety in their material-existence, due to predictability, though there were many people, who could not work what they wanted to or had talent for. On the other hand, there was continuous political pressure through instruments, which – using present terminology – were against fundamental human rights and violated human dignity.

The common desire was clear and understandable: a will to change this political and economic system, though no one would have thought that it would be so hard and painful. The first – hopefully the hardest – years are over, but the country still has to face several difficulties.

The real difficulty for Hungary as a country in transition was to cope with a number of challenges simultaneously. The challenges can be divided into three categories: the first category consists of the special problems for the post-communist countries; in the second, there are those, which constitute challenges not only for the post-communist countries but for the western countries, as well. The third category is derived from the special circumstances of Hungary, and the possibility to join the EU. It is very difficult to separate these elements from each other, but in order to clarify the whole situation, this categorisation may be useful.

I. Post- socialist difficulties:

- economic difficulties;
- living-standard (social) difficulties.

II. General challenges (using mostly Blanpain's classification):

- globalisation of the market economy;
- information technology;
- demographic changes.

III. The challenges, resulting from the developments the country achieved until now:

- joining the European Union.

Economic difficulties

Before the political system changed, Hungary was an isolated country in terms of the influence of the Soviet Union and it was the member of the Comecon. As it is known, this organisation was an economic interest-based community operating in accordance with certain rules with minimal or no relation to the capitalist world.

Due to the political system the economy could be characterised by the domination and ownership of the state/Party. So the economy did not function according to the principles of a market economy, it was a state-driven economy. The (quality and quantity of) products the firms produced were determined by the state, not following existing demand for that product.

While the operation of the economy was artificially maintained, education lost its natural links with economy and became State-commanded like the economy itself.

Through the process of privatisation, the state gradually gave up its position in the economy, and the main part of state-property went into private ownership. (This process is not yet over.)

Competition appeared, with the principles of the market economy. Many ineffective firms and those utilising obsolete technologies (which earlier were financed by the state) were closed and numerous workers were dismissed. People realised soon that living in a market-economy does not mean the Promised Land of Canaan as it also has its disadvantages. The protection of the state belongs to the past, personal problems have to be solved in most cases by the individuals themselves. Many social problems stem from this change. At this point we can refer to the social difficulties (see below).

The borders were opened, the products of other countries could come into the domestic market and a never seen diversity of products and services appeared on the shelves and in the shops.

The firms, the newly founded enterprises had to and have to cope with the competition on the domestic and also on the (globalizing) international market between which there is no significant border anymore.

According to the latest investigations – made by domestic and foreign experts – there are good results in economic development and growth in Hungary, but individuals have not enjoyed the fruits of a better operating economy yet.

Social difficulties

The changes in the political life and in the economy had their effects on society, too. During the 11 years since the change, Hungary gradually won a share in the European market. Since the borders opened life has become more expensive and the country has had to cope with a high rate of inflation.

The price of products and services is gradually reaching the West-European level, however, wages remain at a very low level, especially in the public sector. This results in grave social tension. As it can be observed in other transitional countries as well, the society began to polarise: a thin class of wealthy people are getting richer and the greater part of the society, (the bigger part of the middle-class included) the poor are getting even poorer. It seems that this process will not end in the near future.

The largest difference can be found in public employment in education and health care compared to the wages of the Western part of Europe.

Although political life seems to be successfully democratised, never seen differences have evolved due primarily to the changes in the economy. Many low-skilled workers were dismissed in the former industrial territories of the country and today it is these geographical areas that have to cope with high rates of unemployment. Problems with ethnic minorities are connected with poverty rather than the lack of equal opportunity.

The globalisation of the market economy

Since the fall of the Berlin wall (1989), *Eastern and Central Europe* have opened their doors to a freer market system, and before that *India and China*. Some 3 billion people have joined a world-wide system in which fewer and fewer national borders block the free movement of money, information, technology, goods and services.¹ A freer market economy is a very big challenge for firms, especially for small- and medium sized enterprises. The times of the protected national markets are over, if the companies want profit they have to survive on the global market.

Companies can and do invest world-wide wherever market conditions are best. Obviously, there are many factors influencing investment decisions, but labour-costs are undoubtedly one of them. These differ enormously. International competition means, among other things, the best product-service at the best (often the cheapest) price. Consequently, costs have to go down and this results in massive job-shifts most of the time.²

Globalisation also leads to mergers and massive closures.

Information technology

Blanpain underlines that the spreading of information has very far-reaching and serious consequences. This process which entered into the everyday-life of the economy and individuals through the new information technologies brings a fundamental and radical change rather than a new attitude which can be handled easily as one of the interesting innovations of the 20th century which disappears among the others. "Many decision-makers fail to realise that we have been catapulted, forcefully and brutally, out of the industrial society into what may be termed an information society... In those earlier (industrial) days, we merely moved from one sector to another: from the primary sector to the secondary, from agriculture to manufacturing... Today we are massively stepping into the third sector: the services. This is evidenced by less than 10% of the economically active population left in agriculture, less than 30% in manufacturing and 50% or more in the service sector."³

Moreover, these sectors are not independent from each other anymore, they are merging into each other. In the end, while information technologies are presented

¹ ROGER BLANPAIN: *Social Dialogue – Economic Interdependence and Labour Law*. In: REPORTS to the 6th European Congress for Labour Law and Social Security Warsaw, 1999. p. 43.

² Ibid. p. 4.

³ Ibid. p. 47–53.

during the processes of the agricultural and industrial production, and as the production of these sectors became dependent of these technologies, "products and goods, agriculture and manufacturing, are thus in the grip of "services"." (See further: Blanpain 2000.)

In the 20th century and the following decades the biggest battles for power are not fought on the battlefields but at the "table" of economy. Information in economy was always very valuable. With the rise of new information and communication technologies, spreading of information and knowledge becomes very fast and cheap. Information became a special type of good in itself. A state which has a good information-communication system ensured for the actors of economy, can have a favourable position on the market which attracts further investment. A state, which has only raw material without new technologies will gradually be forced into the background.

These assertions lead once more to the question of globalisation: "Governments of national states, unquestionably, remain "sovereign" over a piece of land. Yesterday, however, they could control the steady economic flows along the roads and rivers, in the air and over the seas. Today and even more so tomorrow, they have no impact on the multitude of information networks overspanning their own land and territories of other nations. Relevant economic and technological decisions are taken over their heads. Governments are reluctantly bowing to what is happening, do not really govern any more, but are forced to endure and can only marginally react, within the boundaries of a blind market, driven by economic and technological forces which certainly in the short run, are socially devastating, especially as regards the world of work."⁴

Hoping that the situation is not so bleak as it was written above, there is evidence that multinational firms expand at a lively pace with a huge amount of money holding in their hands. Neither state has control or impact over this, due to the fact that it was produced on the territory of several.

Also in Hungary we can witness the appearance of various multinational enterprises that oust their small- and medium-sized rivals step-by-step. But naturally, it is not a special phenomenon of Hungary, it is true elsewhere in the world as well.

Demographic changes

It is a well-known fact that the population of the world increases every year and it is predicted to grow 1 billion every 10 years.⁵ At the same time, the population in Europe is declining or stagnating. (See a detailed table showing the number of people at the education in the OECD countries on the next page; m: data not available.)

Another phenomenon connected with demography is that people in the 21st century will live longer (90–100 years or more is estimated) in the developed countries due to better health conditions. This development will cause serious problems for the social security budgets with regard to the pension systems.

⁴ Ibid. p. 53.

⁵ Ibid. p. 47.

Development of the world's population (%)

	1950	1990	2020
Africa	9,6	13,0	20,0
Asia	58,8	61,7	57,9
European Community	10,1	6,2	4,3
Japan	3,3	2,3	1,6
Latin America	6,6	8,6	9,5
USA	6,1	4,7	3,9

Source: Eurostat, In: European Union ECSC-EEC-EAEC, Brussels. Luxembourg, 1992

Demographic changes in Hungary have other consequences than in the countries of the European Union or in other developed countries. The reason: the life-expectancy of men in Hungary has stagnated, a continuous increase can only be observed in the case of women. (See table.)

Life expectancy at the time of birth

Year of birth	Men (years)	Women (years)
1960	65,9	70,1
1970	66,3	72,1
1980	65,5	72,2
1990	65,1	73,7
1994	64,8	74,2
1995	65,3	74,5
1996	66,1	74,7
1997	66,4	75,1
1998	66,1	75,2

Source: Central Statistical Office⁶

The European Union

The economic and political changes of the country after the Comecon came to end and measures were taken aiming at the establishment of a market-economy. After 1989 the bases of democracy were established and proved to be steady. The possibility to join the European Union became a reality, partly due to the geographical position of the country. There were and are many – mainly economic, but also political – reasons that give ground to the intention that Hungary wants to be a member of this organisation. This paper cannot undertake to deal with these in detail.

In the association agreement, which was proclaimed in 1994, it is required that Hungary achieve:

⁶ In: Magyar statisztikai zsebkönyv 2000. Budapest.

- stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for protection of minorities;
- a functioning market economy as well as the capacity to cope with competitive pressures and market forces within the Union;
- an ability to take on obligations of membership, including adherence to the aims of political, economic and monetary union.⁷

This sets serious tasks for the country not only to accept the *acquis communautaire*⁸ but to make the legal and administrative changes for these to be implemented.

Later this paper will deal with the common vocational training policy of the EU as a cornerstone of the solutions to reduce unemployment and to increase employment and employability of youths and adults.

III. The Role of Education in the Market-driven World

We can observe a cut-throat competition in the economy. The advances in technology make it possible to get rid of a car e.g. after 2 or years because after this period a new model has been developed. The whole economy seems to be based on this type of mechanism.

This never-ending circle began in the 19th century supplied by the mentality of the Enlightenment of the 17th century which says that technological developments would make a better world and happier people. After some time, it turned out that successful business can be made out of this idea and some end up winning enormous sums.

We have to define the function of education under these circumstances. Education has a dual role in our society. One is bounded to the economy: serving the economy to operate more effectively, and the other is a moral role: trying to transmit moral values and trying to make people discover and understand their place in the world. The latter role of education is not the objective of the debates connected with education at an international level. But the former role, that education has to do with the economy is a basic point of view in every country because the youths in education will compose the "personal raw Material" of the future. This is the link between the two spheres of society – education and economy – which has a crucial importance in every state's policy. The higher the level of education provided for students, the better qualified employees will apply for jobs tomorrow.

Education and work are intimately connected, with education having two obvious effects on economic productivity. First, education can contribute to the development of knowledge, which translates into technological improvements and aggregate productivity gains. Secondly, education can increase the skills and knowledge of

⁷ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: *An Age of Learning vocational training policy at European level*. CEDEFOP 2000, Thessaloniki, p. 29.

⁸ *acquis communautaire*: The entire body of Community law, including Directives, Regulations, Recommendations, Decisions and judgements of the European Court of justice, which impose obligations on Member States or individuals and non-binding policy statements - conclusions and resolutions of the Council of Ministers - communications and white and green papers from the European Commission and joint options of the social partners. (STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: *op. cit.*).

individual workers, allowing them to accomplish particular tasks better and to adapt more easily to changing job requirements.⁹

Vocational training and later, education was also a central topic of the debates within the European Union because of two very significant reasons. The first: the Union and the Member States want to maintain the competitiveness of their economy, and secondly, at the same time, they want to maintain and increase the rate of employment.

There are many countries, especially the developing Asian countries where the workforce is very cheap and many firms – also from Europe – move their premises there to exploit the advantages of employing low-skilled workers.

A big question arises, and not only in Europe: what to do with the low-skilled and expensive labour-force. One solution might be to extend the frame of education to give the opportunity for more people to study and with this bigger amount of human capital the proportion of high-skilled workers and high skill-demanding jobs, firms and branches can be increased.

IV. Economy and Education in the Western Countries after the Second World War

After 1945 the Western-European, and the other non-socialist countries had a quite different economic and social development from the countries which fell under the influence of the Soviet Union. We can formulate this sentence in another way: after the reconstruction, the Western countries continued economic development and in the countries of the Eastern side a new economy and society was built on the basis of the ideology of socialism and communism.

It is important for us to see what happened in the Western countries, during that forty years of our isolation, in terms of education. It is important because the globalisation of the market economy was a *process* for the Western countries, they witnessed the development of the new market. After the economic and political changes, Hungary had to jump into the market-driven world without experience, looking for principles which link education and economy, to deal with effects which were unknown to Hungary but known to others.

Let us see what happened in the Western world in politics and economy related to education.

In the post-war period, education came to assume a key role in the political economy of nations, contributing to the unprecedented sense of economic and social progress. ... Underlying the sense of progress was a spectacular period of sustained economic growth. ... The key to post-war economic success lay in the development of the doctrine of *economic nationalism*, in which social progress for workers and their families was advanced through the pursuit of national economic growth.¹⁰

For the first time in the post-war period, education took a central position in the functioning of the advanced industrial societies, because it was seen as a key

⁹ *Education at a Glance OECD indicators*. Centre for Educational Research and Innovation, 2000 Edition OECD.

¹⁰ PHILIP BROWN, A. H. HALSEY, HUGH LAUDER and AMY STUART WELLS: *The Transformation of Education and Society. An Introduction*. In: Education, Oxford University Press 1999, Oxford, pp. 1–44.

investment in the promotion of economic growth as well as a means of promoting social justice.

Two assumptions existed about the nature of education at that time but both of them were confounded by empirical evidence. Firstly, economic efficiency in advanced industrial societies depends on getting the most talented people into the most important and technically demanding jobs, regardless of their social circumstances. ... Secondly, educational opportunities needed to be extended, given that the vast majority of jobs were predicted to become increasingly skilled, requiring extensive periods of formal education. Hence, everyone would eventually become middle-class, as semi-skilled and unskilled jobs were replaced by machines, and workers became technicians, managers or were appointed positions in the expanding professions.¹¹

During this period, education was also seen as contributing to the foundations of democracy. ... The type of school which, it was argued best contributed to this form of 'associated living' was the common or comprehensive school. Here students from all types of social backgrounds, ethnicity, gender and ability could mix and develop tolerance and mutual respect for each others' point of view, dispositions considered essential in democracy. ... It could be seen and still can be defended as a major advance in breaking down the barriers of class, gender and ethnicity.¹²

Consequently, the education systems of the western world expanded to perform their new role of providing human capital. ... However, despite the expansion in middle-class jobs and an increasingly educated work-force, the guiding idea that everybody would eventually get a middle-class job and that occupation and status would be determined according to merit were myths. ... Working-class jobs did not disappear, and the privilege of the already-privileged remained. Universities were still dominated by those professional and managerial backgrounds; and even when intelligence was taken into account, social background remained a significant factor in individuals' life chances.¹³

The first 'oil shock' in the early 1970s marked the breakdown of economic nationalism. ... The world recession which followed the escalation in fuel prices was accompanied by an increasing awareness that in a global economy mass production of standardized goods and services ... was no longer able to support the economic livelihood of workers and their families. ... If the work to be done is relatively low-skilled, such as in the mass production of standardized goods and services, a key factor will be labour costs, and multinational corporations are likely to move standardised mass production to the newly industrializing countries where these are significantly cheaper than in North-America or Western-Europe.¹⁴

In the early 1970s western societies experienced a social, political, and economic transformation, according to Braun and Lauder, due to the appearance of three factors.

Firstly, the rules of eligibility have changed. This means that the formerly walled domestic economies have started to shift away towards an open or global economy. Through this change, domestic economies have been exposed to greater foreign competition. Secondly, in America and Britain there was a breakdown of the Fordist

¹¹ Ibid. pp. 1-44.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

rules of engagement between government, employers and workers. The rapid improvement in economic efficiency which accompanied the introduction of mass-production techniques necessitated the creation of mass markets for consumer durables, including radios, refrigerators, television sets, and motor cars. In order for economic growth to be maintained, national governments had to regulate profits and wage levels to sustain the conditions upon which economic growth depended. Hence, the development of the welfare state in western industrial societies was seen to reflect efforts on the part of national governments to maintain the Fordist compromise between employers and organised labour. ... However, over the last 20 years America and Britain have introduced 'market' rules of engagement. Here the nation-state is charged with the role of creating the conditions in which the market can operate 'freely'.¹⁵

Thirdly, new rules of wealth creation appeared on the scene. The belief that the only way for profit maximizing is to employ unskilled or semi-skilled workers at the assembly-lines based on the principle of detailed division of labour, is mostly over. In the new rules of wealth creation economic prosperity will depend on nations and companies being able to exploit the skills, knowledge, and insights of workers in ways which no longer are delivered according to Fordist principles.¹⁶

Consequently, there is a standard view in the literature that the changes in the nature of global economy since the early 1970s has led to a weakening of the powers of the nation state.¹⁷ (See further: BLANPAIN 2000.)

The breakdown of economic nationalism has equally undermined post-war ideas about educational opportunity and social mobility. But paradoxically, whereas there has been increased political conflict concerning the funding, control and organizations of education, there is a new international consensus which recognizes education to be of even greater importance than in the past to the future of individual and national economic prosperity.¹⁸

V. Education and the Global Economy

The new consensus is based on the idea that as the 'walled' economies at mid-century have given way to an increasingly global economy, the power of a national government to control the outcome of economic competition has been weakened. Hence, at a time when severe limitations are being imposed on national governments in the sphere of economic policy, education assumed even greater political significance. Indeed, the competitive advantage of nations is frequently redefined in terms of the quality of national education and training systems judged according to international standards.¹⁹

¹⁵ PHILIP BROWN and HUGH LAUDER: *Education, Globalization and Economic Development*. In: Education.

¹⁶ These factors can be followed also in the countries of the European Union except the second one; the EU traditionally lays great emphasis to maintain a relatively high level social security system.

¹⁷ PHILIP BROWN, A. H. HALSEY, HUGH LAUDER and AMY STUART WELLS: Op. cit. pp. 1–44.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

All western nations, in their domestic economies and foreign affairs, have had to look at their own social institutions and human resources to meet the global challenges they confront. ... Advantage is, therefore, seen to depend upon raising the quality and productivity of human capital. Knowledge, learning, information, and technical competence are the new raw materials of international commerce.²⁰

Therefore, if nations are unable to win a competitive advantage through investment in new technology, upgrading the quality of human resources or reforming industrial relations policies as a way attracting foreign inward investment to create new employment opportunities, there is little national governments can do to prevent a precipitous drop in living standards, stagnant economic growth and increasing unemployment.

The new education consensus has led to what in many parts of the world amounts to dramatic increases in post-compulsory education.

There is little doubt that the new consensus maintains a long-standing trend towards a tightening bond between education and the economy in the twentieth century.

However, whilst there is now widespread agreement that a high-quality general education is more appropriate to conditions of rapid technological change than a narrowly specialised vocational education, the exact relationship between 'vocational' and 'general' education remains unresolved.

Ashton and Sung remark that in the new economic competition there needs to be a much tighter relationship between education and work than anything that we have yet witnessed in the West.²¹ The implication of their argument is that the almost total subordination of the education system to economic utility is becoming a necessary condition for economic property in the twenty-first century. Whether this will become the model relationship between education and the labour market in all post-industrial economies is a moot point, but there is a little doubt that in such economies there is an increased demand for more highly educated labour.²²

VI. Educational reform in Hungary after the Second World War²³

After the Second World War Hungary fell out of being part of the world-economy due to the political changes in the country. It was not relevant what happened in the world-market any more (at least for 40 years), the globalisation of the economy, the changing factors in the area of work, which tested the governments in the Western world had no impact on our country. Instead of getting experience in the increasingly sharpening competition in the world, without taking part in the debates about how education can contribute to expand the productivity of economy, the Hungarian society had to cope with the introduction of a new system based on a new ideology, socialism.

²⁰ PHILIP BROWN and HUGH LAUDER: Op. cit.

²¹ DAVID N. ASHTON and JONNY SUNG: *Education, Skill Formation, and Economic Development: The Singaporean Approach*. In: In: Education, Oxford University Press 1999, Oxford. pp. 207–219.

²² PHILIP BROWN, A. H. HALSEY, HUGH LAUDER and AMY STUART WELLS: Op. cit. pp. 1–44.

²³ RÚZS MOLNÁR KRISZTINA: *A magyar közoktatás fejlődése a századfordulótól napjainkig, különös tekintettel a kisiskolák helyzetére*. Kézirat, Szeged, 1999.

The present status of education is rooted in the past. To see clearly the weaknesses and virtues of the system, to know precisely how to transform it to the demands of these days, we have to rediscover the roots.

The aim of the home leftist after 1945 – with the leadership of the Hungarian Communist Party (HCP) – was creating the dictatorship of the proletariat. In this socialist-communist social system only one principle could exist: "unified school-system – unified education". Hungary stood before a radical social-communist school-system reform. The experts of the HCP tended to carry it out in two phases.

Firstly, establishing the unified public school-system was inevitable without taking the clerical and private schools into public ownership. Secondly, the internal – curricular – modification of the school-system should be resolved, on the basis of communist ideology, which serves the building of the communist-socialist society in all respects.

In accordance with the plans in 1948, the Hungarian Parliament carried the new legislation of taking the non-public schools and their property into public ownership and their staff into public service. This meant the forcible taking away of the clerical and private schools from the previous preservers.

Taking these schools into public ownership was not for pedagogical reasons but communist-policy motivation. This was clear for the experts of the time, too.

But let us stop here for a while and have a look at the main characters of the educational system existing in Hungary before the world war, between the 1921–1945 period.

If we want to find only one word to describe that system, it would be: diversity. The government had a strong influence on determining the main goals of education – which of course at that time was not independent of the prevailing ideology – and the focuses of the curriculum.

The system characterizing diversity can be understood in two ways. Firstly, if we count all the possible choices, it can be seen, that 10 kind of educational institutions were given for the 10–14 years old children.²⁴

Secondly, the diversity was enhanced by the preserver of the school: the public schools, the schools of the cities, the schools of the single church districts were different; the catholic educational institutions diverged from each other due to the different religious orders having their specific features.

But this diversity of course did not mean free alternative options in a sense as we use it nowadays. In the 20s and 30s the importance of the birth-status (which layer someone was born in) was undoubtedly significant. So the aristocrats formed the traditional élite of the society. Education for them evidently was not a financial burden.

²⁴ These possibilities were the following after completing the four classes of the common primary school: (for the boys) two kinds of secondary grammar schools – with latin or with modern languages without latin –, secondary grammar school for the sciences, two kinds of secondary schools for sciences – with or without latin –; (for the girls) Secondary grammar school for girls, secondary school for girls, collage for girls. These schools and collages had eight classes, from the age of 10 to 18 and depending on the type one completed, She or he could enter into the tertiary education. We have two more choices, one is the civil school, which had only four classes (between the ages 10–14) and was very popular among the children of the workers and the peasantry but accessing into the the above mentioned institutions for continuung education was hardly possible because it have no certificate inthe end. The other, the tenth way to learn was opened from the 1930s and was compulsory from 1940, it was the eight-class common primary school from the age 6 to 14.

Looking at the other layers of the society, the system was created in a way that it granted advantages to the middle class; which had political ground. According to Klebelsberg, the leading minister of education of the period, if the middle class – "in accordance with its traditions" – cannot take part in building the society, it can join the proletariat because of its state of being ignored and can become the opposition of the political system.²⁵

The government and the parliament were hundred percent against the possibility of giving any kind of political role to the working class. But as we know, our history took a different direction.

The education-system was developed to impede the children of the lower classes in acquiring higher education levels. It was almost impossible for them to complete grammar school or obtain a diploma because of their social position.

As a conclusion we can remark that before the war a well-organised, fruitful, high-quality oriented, modern educational system existed, complying the requirements of the era.

After 1945 this system was cut down. One of the main arguments: the need for a unified system. The endeavour for such a system was clear from the end of the 17th century. Unification was not broken by the special scholar profile, the specific internal attitude encouraged by the several kinds of preservers.

As we referred to earlier, the higher level qualification of the children of the working class were deliberately hindered. The demand of this layer not to be precluded from the acquisition of the higher level education is rightful. It was fulfilled with destroying the existing, colourful school-net and create another unified system, which was also unified in its curriculum and ideology instead of supplying the existing institutions with others, which have the level and ideology adequate to the demands of the working class.

During the decades, the ideology-based unification became more and more intensive without leaving any place for the smallest difference.

In 1948 the churches gave their schools with no resistance to the representatives of the state institutions. Huge material values: fields, buildings, libraries, equipment stores, laboratories entered into the possession of the state without any compensation.

The damage in material goods was serious, but there was another loss, which has a strong, indelible consequence for the present existence of the Hungarian society as a whole: losing the values of the European Christian morality-mentality. From this time, the education within the frameworks of the nearly thousand-year-old catholic and the other churches came to an end.

The task of education became a fundamental requirement to train the reliable builders of socialism in a materialistic-atheistic spirit. This way the pupils became useful citizens of our socialist society, who have to "fight against the deformation of the sciences, against the bourgeois, clerical and chauvinist remains" as the biggest periodical, the Public Education wrote in its leading article.

The organisation of the eight-class system was kept, but the subjects to be taught were totally changed in content, and dimension. The curriculum in every class was

²⁵ MÉSZÁROS ISTVÁN: *Hungarian education: 996–1996*. Eötvös József Press, Budapest, 1997. p. 86.

politicised as much as possible and with the Marxist-Leninist parts of the staff its size was increased enormously.

In public education the eight-class primary school became general and compulsory: unified school-system, unified curriculum – with no alternatives.

After the difficulties of the transformation, the new conditions were stabilised as the political system itself, and it was successful in its own manner, especially in the 70s. The results were embodied in the performance of the pupils in the international school contests.

In the areas where political ideology had little or no influence, the sciences and the achievements were of very high quality but development had stopped in the field of social sciences.

While the non-socialist countries in the world had to face the interdependence of economy and education, in Hungary these two did not have much to do with each other. As the economy operated in a non-market-economic way and the nation economy was built on the execution and over-execution of the plans – which were not demand based – and on the division of labour among the Comecon countries, education lost its links with the world of work or at least these links became very obscure. Competition did not exist in the traditional meaning of the word, as the Comecon countries had a mutual agreement declared that if any of these countries had an innovation they would assume an obligation to share it with the others. Outside the Comecon these countries had no relationship with others. With the possible exemption of raw materials there was no incentive, there were no challenges to face.

Employment in this period due to the principles of the economy was around 100%, so the government was not forced to think about changing anything in the system. Everyone could find a workplace generally for a long term. The structure of the education at this time was the following: there was an eight-class compulsory primary school – with a unified syllabus as it was mentioned – the same for everyone. Completing primary school where uniform ways were given: secondary grammar school, which collected the children who later wanted to study in the tertiary education. The second way was the vocational secondary school where youths could learn a profession but they also had the chance to get a certificate and after finishing this school they had the chance to enter the tertiary (mostly vocational tertiary) education. The last option was the industrial school from which it was not possible to continue education. These three ways also meant a hierarchy among the schools and the system was not permeable (?) at all.

Education (tertiary education included) in this system was free of charge, though the entrance into the tertiary education was hindered especially for the children of intellectuals. In theory, and in most cases in practice, they were excluded from tertiary education.

There is one more phenomenon linked to the post-war period which has crucial importance on the present condition of education. It is the change in the social position of the teachers. Compared to the previous period, the most conspicuous difference is the decrease in the social reputation and prestige of the educators. This prestige-decrease was not confined to teachers, but became general.

Being an outstanding teacher in the profession was not a guarantee for further teaching because there was another, a previous assumption: loyalty to the existing

political system. Many left the country or the profession because they did not feel secure enough. This factor contributed most to the fact that the teaching profession started to lose its value.

The intention was to increase the level of education but the system reached just the opposite. Many "teachers" filled the empty places without any qualifications. The social respect of a profession is mainly determined by the standard of the work performed during a given time. This process had far-reaching consequences for the future with very strong impacts nowadays, too.

Later, the achievement of the pupils declined and according to several experts it was due to the changes in the political system in 1989 and the consequence of the new educational policy. But this decrease appeared earlier, in the middle of the 80s.

VII. Education in Hungary from 1989 till 2000

The changes characterising our current educational system began in the mid-80s. Beyond the existing ones (8-year-long primary school and then three types of secondary schools, the pupils can choose from – see previous chapter) two new types of secondary schools were established in the early 90s: the 6 and 8-year-long secondary grammar schools. With this decision, the unified structure of the system was over. The unified structure of schools did not mean that the level of the schools were unified, too. They were differentiated according to the demands or rather according to the natural diversity of the abilities of children. During the years of socialism this educational system was formed, and perfected. Therefore the supply of schools was diverse. (E.g. there were primary schools specialised in the education of music or sports, there were classes specialised in mathematics, literature, Russian – although everyone had to learn Russian – and later, in the 80s English and German appeared.) Many teachers were afraid of the structural change in the system though everybody wanted to see innovation, modernisation. In practice these new secondary grammar schools operated and are operating in the buildings of the existing ones, and there was only one group per year that started within the frameworks of the new regulation. The teachers were also more or less the same as in the 'normal' secondary grammar schools. This new structure, was advantageous for the formerly 4-year-long secondary grammar schools, because this system assured them of the most talented children for 6 or 8 years.

There was a large societal demand to establish the 8 and 6-year-long secondary grammar schools though the curricula and the books did not change. Children who left their primary schools after completing the fourth class, learned the same as the others who stayed in the old schools. Due to this, it was largely a formal change. The curricular changes followed years later if the staff of the school had the intention to elaborate a new curriculum. It cannot be said that it was general.

There were other changes in the educational structure which made it diverse or, according to some experts, chaotic. Later, the industrial schools transformed into secondary level schools or introduced secondary level classes. As the obligatory school-age became 16 years the ever more unpopular industrial schools made it possible for children after completing the first eight years of primary school to finish basic schooling (two more years) in their institutions. The secondary level schools

transformed the first and second year of education or vocational training into general education-courses, the four-year-long primary level vocational training schools completed their vocational education with a complementary year, technician training.

There were two main opinions about the structural change. A part of the teachers said that the possibility to choose the right school for the children, adequately based on their abilities was given. The other part argued that this change was the natural expression of the public demand, therefore it could not be wrong.

We should not forget to mention an undoubtedly valuable change in this period: the establishment of bilingual secondary grammar schools. These schools are for 14–18 years old pupils and they contribute significantly to the improvement of the language-skills (typically English and German) of youths.

Beyond the structural changes, new preservers appeared: the churches and private school preservers. Diversity came into education again.

From 1990, parents take part in the discussions which are related to the life of the school. This was a very big step towards the democratisation of schools.

In 1990 there was another regulation which had and still has corollary. The schools inspectorate was transformed into schools consultation and then it was ceased. Hence, at the moment, there is no organisation dealing with consultation. Education is incorporated in new, comprehensive Acts, measures; there are many thousand (!) sorts of textbooks, a range of new teaching methods, the teachers can choose from; therefore, there is demand for such an organisation.

The local authorities are responsible for the maintenance of primary schools and the regional (county) authorities are responsible for the maintenance of the secondary-level schools that can be found on their territory. Maintenance in this respect means to provide the material conditions for schools: ensuring the earnings and the instruments needed. Both the regional and the local authorities are largely dependent on the state in terms of financial position. (The municipal representatives are certainly elected according to the rules of a democratic process.) Although municipalities have their own income (e.g. from local taxes) but this covers only about 6–8% of their budget. The bigger, significant part is given by the state according to predetermined principles. The local authorities decide about the appropriation of the money. Effective involvement of the local or regional authority in elaborating the curricula is not in practice, but the local authorities have to agree to it, because they have to follow the courses and supplementary courses with attention to whether these courses require extra expenses from the local budget or not.

While the local budget has only a very moderate proportion of own income, the municipalities do not have a closer relationship with the local economy. The contacts among the two real and two potential local actors: the local authorities, the organisations or representatives of the employers' and employees' and the education- or training providers is weak or does not exist.

Innovation which appeared in the individual educational training institutions was largely motivated by demographic changes: the number of births declined and the institutions began to compete for children. (See table.)

Life-births in Hungary

Years	Number of Births
1980	148.673
1990	125.679
1995	112.054
1996	105.272
1997	100.350
1998	97.301
1999	95.000

Source: Central Statistical Office

A kind of competition was always present for the most talented children, but nowadays, as we live in the age of school-closures and -mergers, institutions are fighting for their survival. Some secondary-level institutions still have the chance to select from the best children or pupils but there are many others which admit as much pupils as possible just to get enough material resources to support the school. The speciality of financing Hungarian education at all levels is that the individual institutions get the budgetary subsidy from the state according to the number of the enrolled children or pupils. This creates a source for tension in the educational system, which leads to several conflicts between schools. (This goes for tertiary-level education also. The expenses of acquiring the first degree are financed by the state, so in this respect, the autonomous tertiary-level institutions get the subsidy in accordance with this tenet.)

This can lead to a deterioration of quality in education, moreover, there are a range of schools, with a constant fear in the teachers of whether they will be dismissed or not depending on whether enough children will enrol or not. This permanent uncertainty also has affects on the quality of education.

Till 1998, curricula were determined by the state. From 1998 legislation devolved the elaboration of the curricula to the individual institutions. A common framework was provided within which the providers of education, vocational education and training have to operate. These institutions worked out the curricula alone or with the help of the Ministry of Education without the help or participation of the social partners.

The introduction of the new legislation, which entered into force in 1998, divided the teachers. The goals mentioned by the legislation are mostly in tune with the principles of the EU, aiming at the decentralisation of the decisions in connection with the content of teaching, giving more choice for pupils and giving more possibilities to change the routes. A big proportion of teachers doubt that the aims can be reached with the instruments formulated in the Act.

The implementation of the new 1998 regulation (National Core Curriculum) was/is not coherent, it did not fit into the legislation at some points²⁶ and does not fit into the

²⁶ See further: RÓBERTNÉ BARLAI: *NAT-problémák*. In: Tanulmányok a közoktatásról 1997. Országos Köznevelési Tanács–Oktatási Minisztérium. p. 172–179.

current educational structure (many teachers consider this character of the new system the most problematic one).

The main protests against the introduction of the new legislation were the following:

- it is very questionable that it brings 'order' into the educational system;
- it is incompatible with the present school-structure;
- its introduction was too early this way, the society is not ready for such fundamental changes.

The next generations will testify to the efficiency of the innovations of today.

1. The lack of social partners in education in Hungary

The role of the social partners differs in Hungary from that of the Member States of EU.²⁷

It is a criterion of social partnership that the employers' and employees' organisations take part in it as equals. Representation of employers is new in Hungary, it is as old as democracy in politics. Representation of workers' interests existed already in the era of socialism but not with the same weight as in West-Europe. It was an artificially established formal organisation and, as every organisation at that time, the Trade Unions were politicised, based on the ideology of socialism. The members and especially the leaders were close to the Party. Despite its mere formality, the Trade Unions' organisation was very wide: from plant-level up to national level and had big fortune. A big proportion of the workers were trade union-members because membership was obligatory or at least strongly offered. After the democratic changes participation in these organisations became voluntary, depending on the free-will of individuals. Due to this, many of the union members left the organisation. The structure of the trade unions more or less remained, but now there are other, new trade unions organised at plant-level. (There are firms in which two trade unions operate: one based on the old membership and another newly organised from new members.) At national level trade union kept its political line, hence, it represents political interests rather than the economic interests of workers. (Although, according to the legislation, trade unions can be established in Hungary with the aim of representing the economic and social interests of employees.)

In a tripartite social partnership it is obvious that the relationship between the government and the trade union – due to the latter's political line – alters when there is a change of cabinet, as we could experience in Hungary. But the political attitude of the trade union is not helpful even in a bipartite social partnership.

It would be delightful if Hungary had such a social partnership as in the Member States. The precondition of reaching this goal mainly hinges upon the trade union, to recognise the difference between policy and education; political interests and economic interests and to represent the latter.

²⁷ About the European social partnership in connection with education see more in the next chapter.

2. *The position of teachers*

There is an everyday problem in Hungary which does not appear to present any difficulties in the Member States of the EU: the position of teachers in society. The social respect for teachers has never been so low as nowadays. The decline of social respect began after the Second World War, as many without any qualification or with no adequate qualification were appointed to be teachers. This is one of the heritages of the Party system. From 1996, lack of respect was accompanied by a steep reduction in wages. According to the OECD indicators (See table next page; /m: data not available; n: magnitude is either negligible or zero./) teachers' salaries are the lowest in Hungary and in the Czech Republic. The salaries in the countries of the OECD (and in the EU Member States) are generally three times higher than in Hungary. (Although comparative data are not available connected to the tertiary education, the proportions can be similar.) It is interesting to see that teachers in Hungary, Central-Europe earn less than teachers in Argentina, Chile and Malaysia; they earn approximately as much as teachers in Brazil and in Jordan. The numbers show that in Hungary not only the salaries are the lowest but also the salaries in GDP per capita.

Teachers' salary levels can affect both the desirability of entering the teaching profession and the ability of schools to retain the most skilled teachers. Ensuring that there will be enough skilled teachers to educate all children is an important policy concern in all OECD countries.²⁸ This argument is correct and if we look at the results of investigations in this topic at Hungarian universities, it is evidence that not a big part of the university students intend to be teachers and only a fraction of them will really be one. Among the students who study teaching (beyond their other subjects) at the 8th semester, only 55% want to be teachers. Other experiences show that this rate might be a bit overestimated. Most of the students attend the given faculty of the university and studies teaching because they were not admitted into other – more popular – faculties or tertiary-level institutions e.g.: law student, doctor, actor. The answers, given to the following question by students in the last (!) semester: is it sure that you will work as teacher, give food for thought. Only 7% of the students were sure that they would work as teachers, 38% will probably be, 54% do not know and 1% surely will not be teachers.²⁹

It is obvious that such low salaries cannot retain the most skilled teachers. On the other hand, according to the OECD statistics, the ratio of students to teaching staff is the lowest in Hungary. (11 in primary education 10,8 in secondary education and 11,8 in all tertiary education.³⁰) A corollary of the demographic decline is that in 1995 the increase in the number of teaching staff stopped and even started to decline. Dismissals, unemployment appeared among teachers and if the ratio of students to teaching staff should be reduced, more teachers will have to face being unemployed. The number of unemployed increased in the teaching profession:

²⁸ *Education at a Glance, OECD indicators 2000*, p. 208.

²⁹ ANETTA ÁDÁM: *Nem ismeri és nem is meri megismerni*. In: *Educatio 1998/3 Oktatókutató Intézet*, p. 606–611.

³⁰ *Education at a Glance OECD indicators 2000*, p. 15–16.

1995	1996	1997 ³¹
2837	4696	5226

The reduction of staff was carried out in four forms: teachers who were above the retirement-age, were retired; who had only a few years to the retirement-age, were discharged with a pension; the third form was dismissal; the fourth: leaving the school voluntarily.³² The proportion among these four forms depends on the obtained qualification of teachers.

3. Equal opportunities in Hungarian schools

Inequality is the concomitant of change. Inequality is the societal "cost" we have to pay for development. The problems begin when the costs we have to pay for development are higher than it is worth. After the changes in 1989, many societal groups have the opinion that the cost of inequality they have to pay for the transformation is not in proportion to the probable results. Inequality and increase in inequality is the necessary concomitant of the social changes. The bearing of this phenomenon in the Hungarian society is limited due to two factors. Firstly, the equality in the communist era was a value which had to be realised. Many people grew up – active workers now – with the belief seeming to be realistic: a society built on equality. This heritage makes the bearing of and handling of inequality more difficult. Secondly, the whole society was made to believe that transformation would not take more than a couple of years and would be painless. The enthusiasm owing to the change inevitably turned into disillusionment.³³

Kozma conclude that since 1990 inequality has grown both in society and in education. The increased inequality in the society directly reflected in the disadvantages of families.

The stratification of society has a strong affect on the formation of educational achievement. Birth into a given societal layer more or less predestines the further achievement of individuals. Growing poverty is accompanied by playing truant. Tamás Kozma draws the attention to the impacts of the restructuring of schools on the problem of equality. He argues that the increase of supply from the schools' side does not mean the growth of capacity, despite the demographic changes. The educational institutions within a given territory started to compete – owing to the financial support of the state – for the pupils. Kozma suggests that this financial force was the reason for the structural changes. Innovators were not driven by the content of innovation but by the economic interest. As a result of establishing the new structure of educational institutions, the equilibrium among the local schools was broken up and this phenomenon has strong affects on the current situation. In a smaller settlement in which there is no alternative choice beyond the only local school, and this only school

³¹ RÓZSA HOFFMANN: *Nevelésügy '97 – belülről*. In: Tanulmányok a közoktatásról 1997. p. 48.

³² LISKÓ ILONA: *Bokros-csomag a közoktatásban*. In: *Educatio* 1998/2. p. 77–84.

³³ KOZMA TAMÁS: *Társadalmi egyenlőtlenségek az iskolában*. In: Tanulmányok a közoktatásról 1997. p. 133–135.

is reorganised or specialised, the citizens of this settlement might remain without a suitable institution.

As it was mentioned, the difference between the pupils' achievements has increased. These differences can be explained by societal factors. Kozma describes the following factors in Hungary:

- the most important factor of all is still the qualification obtained by the parents;
- the type of educational institution a pupil attends also determines achievement: the upper secondary schools' pupils have better performance than pupils in the industrial schools;
- the type of settlement is another factor which contributes to the differences: the difference between the achievement of the pupils in Budapest and the pupils in the county-cities (there are 22 in Hungary) is becoming blurred but at the same time, the difference between the achievement of the pupils in the county-cities (Budapest included) and other cities, settlements and villages, increases;
- the scholar achievement in term of genders seems to be equalised, even, there is a shift towards the better performance of females;
- the entirety of family is also important: in families where the mother is not with the children, performance deteriorates significantly regardless of age and the subject they perform;
- having many books (over 200) or a computer in the family.

One third of the school-aged population lives in villages having neither enough books nor computers, among an increasing number of conflicts within the family. The question is, how can these social circumstances be handled and remedied. As Kozma drafts: how much can these disadvantages be equalised with more school-types and modern teaching.

At upper secondary level inequality stops gradually and turns into quality-problems. Looking at the expansion of tertiary education and the importance of obtaining a diploma, nowadays, the main goal is entering into and completing the university or other type of tertiary education institutions.

VIII. Hungary and the European Union in the light of education and vocational training

The Treaty of Rome set up the European Economic Community (EEC) to establish a common market and approximate progressively the economic policies of its Member States.³⁴

Although we cannot talk about a Community educational policy within the EU, there are growing efforts towards reaching it as it became clear that education as a whole will have crucial importance in contributing to the economic development of the

³⁴ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: *An age of learning vocational training policy at European level*. CEDEFOP 2000 Thessaloniki. p. 2

Community. Of course, not having a common European educational policy does not mean that the Union did not draw attention to the educational level of the European work-force. In another area – which is bounded with several threads to education - addressed vocational training –, there are measurements and mainly non-binding resolutions, which constitute a part of the *acquis*, and therefore have a large impact on the educational policy of the Member States and the associated countries.

As every institution, which plays a role in the operation of the EU, vocational training policy also has its roots in the past, and its present state is the result of an organic development. That is why we need to look at the main stages to find the goals of improving the vocational training system of Hungary.

The endeavour for a common vocational training policy was already mentioned in the Treaty of Rome which, of course, had above all economic reasons. The free movement of persons as a keystone of the European development together with the freedom of movement for goods, capital and services raises questions in connection with vocational training policies. If the community aims to establish one common market, where the work-force moves in accordance with the laws of the market, the obstacles impeding employment in another Member State should be abolished. That is a reason for the formulation of Article 128, which stated that the Council of Ministers shall lay down:

general principles for implementing a common vocational training policy capable of contributing to the harmonious development both of the national economies and of the common market.

Over the years, the policy framework, as established by the ten principles of the 1963 decision, was adapted and redefined through various non legally-binding, but strongly supported, political statements, such as Council resolutions, Commission communications and white papers. The social partners also contributed increasingly to the development of the policy framework, through their joint options, in particular.

Driven by forces of economic and social change, the policy framework supported the development of vocational training as a powerful tool of employment and active labour market policy. Important roles for vocational training were defined in improving employment prospects through facilitating adaptation to change, supporting the integration of young people, and other groups, into the labour market and promoting equal opportunities.³⁵

We should not forget the role of vocational training in ensuring the free movement of workers. This role was embodied in mobility programmes on one hand and in the endeavours to mutual recognition of qualifications and harmonisation of training levels, comparability of qualifications and transparency on the other.

The Inter-Governmental Conference opened in 1991 planned the steps towards economic and monetary union, in this way a chance was given for the Member States to revise – among others – Article 128. As they took the opportunity, the common vocational training policy was replaced by a Community vocational training policy to

³⁵ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: OP. CIT. (2000) p. 31.

support and supplement activities of the Member States under Article 127 of the Treaty on European Union, signed in Maastricht in 1992.³⁶

Action under Article 127 was to be decided in the Council by qualified majority after consultation with the European Parliament and no longer by simple majority. It was made clear that Member States were responsible for the content and organisation of vocational training, and harmonisation of their laws and regulations concerning vocational training was specifically ruled out. Education was separated from vocational training policy and was given a separate legal base in Article 126, upon which future co-operation was to be based.³⁷

The debate on the development of vocational training since the Maastricht Treaty has been marked by the growing interest in life long learning. This debate has posed challenges for the structure of vocational training systems which, it is argued, also need to adapt the forces of change that are affecting the learning process. Both the policy framework and its implementation have sought to adapt to this development.³⁸

The European Commission also contributed to the Community vocational training policy framework and through this step vocational training got an even larger role within the Union. This was due to the white paper in 1993: Growth, competitiveness, employment – the challenges and ways forward into the 21st Century.

The white paper set out a strategy to achieve more employment-intensive growth in the EU, arguing that vocational training had a role to play both in combating unemployment and in boosting competitiveness. But to play this role, educational and vocational training systems had to adapt to meet new demands. A number of major weaknesses were identified.³⁹ To address these weaknesses, the white paper put forward a number of proposals aimed essentially at developing lifelong learning and continuing training and making it more systematic. To support this process, the white paper encouraged an analysis of vocational training systems and ways in which co-operation between the different interests involved could be and, to this end, proposed a European Year of Lifelong Learning, which took place in 1996.⁴⁰

³⁶ Treaty on European Union – Article 127

1. The Community shall aim implement a vocational training policy which shall and supplement the action of the member States, while fully respecting the responsibility of the Member States for the content and organisation of vocational training.
2. Community shall aim to: (a) facilitate adaption to industrial changes, in particular, through vocational training and retraining; (b) improve initial and continuing training in order to facilitate vocational integration into the labour market; (c) facilitate access to vocational training and encourage mobility of instructors and trainees and particularly young people; (d) stimulate cooperation on training between educational and training establishment and firms; (e) develop exchanges of information and experience on issues common to the training systems of the Member States.
3. The Community and the Member States shall foster cooperation with third countries and the competent international organisations in the sphere of vocational training.
4. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 189c and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures to contribute to the achievement of the objectives referred to in this Article, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States.

³⁷ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: *Op. cit.* (2000) p. 13.

³⁸ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: *Op. cit.* (2000) p. 31.

³⁹ These weaknesses are: a deficiency of skills in science and technology, a relatively high number of young people in Europe leaving school without basic training (which in turn contributed to social exclusion), inadequate development of systems of continuing training and access to it, a lack of genuine European skills market in both skills and qualifications and a lack of opportunities for open and distance learning. p.15.

⁴⁰ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: *Op. cit.* (2000) p. 15.

However, it is important to distinguish between the employment framework to which training contributes and a policy framework for the development of the vocational training systems for themselves. Such a framework is important for ensuring that systems accommodate the new learning processes and flexible structures that lifelong learning demands.

1. Economic, social and demographic changes

Globalisation of the world economy has accelerated. Developing countries have industrialised in increasing numbers. Markets have become more open. Advances in technology and communications have reduced the importance of geographical distance, making it increasingly possible to locate production in places where costs are lowest. Competitive pressures on European producers have intensified, reinforced by the single market and monetary union.⁴¹

At the moment, Hungary is in an advantaged situation against the Western countries in terms of the costs of the work-force which are significantly lower here than elsewhere in the territory of the EU. There are many foreign enterprises here exploiting this temporary benefit. But, as it was mentioned, it is only a temporary advantage and due to the rapid increase of the GDP and the increase of the living standard, Hungary is losing this advantage. Even nowadays, there are foreign plants – using low skilled labour – leaving the country and moving to the East, to Romania or Ukraine.

While Hungary has the unalterable intent to join the Union, the living standard and the average salaries in general – which are still very low compared with the ones in the EU – have to increase. Therefore, this interim advantage of low-cost labour-force will belong to the past in a few years time.

The present and even the future economic competitiveness of Europe depends on human resources, the knowledge of the work-force rather than raw-material resources. Changing markets and the need to find new areas of specialisation mean the comparative advantage of European producers increasingly lies in access to a well-educated work-force, able to adapt to new ways of working and develop new products.⁴²

The Union also has to face demographic changes. In about 10 years time, if not sooner, the total number of people of working age will also fall in most EU countries, which could reduce the size of the labour force. Even if the size of the labour force does not fall, it is set to become older on average and the number of people reaching retirement age is projected to increase significantly. This has a number of implications. First, to avoid a reduction of the number in employment at a time when the number of people above retirement age and in need of income support is increasing, the proportion of those of working age actually in work needs to increase. Secondly, it means that there is a greater need to maintain and update the skills of the existing work-force and to ensure that those remaining longer in employment can work efficiently.⁴³

⁴¹ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: Op. cit. (2000) p. 127.

⁴² STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: Op. cit. (2000) p. 127.

⁴³ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: Op. cit. (2000) p. 37.

According to the OECD statistics, in Hungary by the year 2008 the expected percentage of the age-group 15 to 19 will be 85% (1998 = 100%) and the proportion of the ages 15–19 from the population is 7%. These figures at the age-group 5 to 14 are expected to be 82% (1998 = 100%) and the proportion of the ages 5–14 is 12%.⁴⁴ Hence, in this respect, our country has similar trends but, as it was noted earlier, the life expectancy of Hungarian people is very low, which has two consequences for the future. Firstly, the national budget will not be so overloaded from this point of view and this is the reason, for the retirement age being 62 years. Secondly, it will have an effect on the world of labour, because the population is declining. So, as much as it is predictable, in Hungary there will be a shortage of the labour force in the future. This fact doubles the need for people with up-to-date skills.

In all Member States [and in the potential Member States] there is a general policy of raising the skill levels of the work-force. This is being pursued in two broad ways. The first is to try to increase the number of young people remaining in education and vocational training beyond basic schooling and to seek to ensure that those entering the labour market have the necessary qualifications to have a reasonable chance of pursuing a worthwhile career. The second is to try to increase the provision of continuing vocational training to those already in work or to those returning to employment after a period out of labour market.⁴⁵

These efforts had their results and can be followed in statistics: across the EU, around 70% of 25 to 29 years olds have at least upper secondary qualifications whether vocational or general.

Comparative figures in Hungary were available including the 25 to 34 year olds. In this age-group the figures of those with at least upper secondary qualification is 77%.

In Hungary we can also speak about the expansion of secondary education.⁴⁶ The unexpected rapid increase in the number of pupils in this area began in the second half of the 1980s. In 1985, the proportion of those who enrolled in the secondary schools was 46,8%. In 1996 this figure was 61,6%. So the increase between the two figures is 23%, while the number of youths in this age-group is declining from the school-year 1992/93.⁴⁷

Although there is little room for debate about the significant long-term increase in the proportion of young people completing upper secondary and tertiary education and initial vocational training, there is room for the debate about the reasons underlying the rise. More specifically, the question is whether the rise of employers requiring more highly educated people to perform jobs is being created as economic development takes place, or whether, on the contrary, it arises from the supply side and the desire of individuals to be better educated, encouraged by governments expanding the places available.⁴⁸

The answer to this question from the point of view of the EU has implications for policy. If the increase in the participation in further and higher education is not strictly

⁴⁴ *Education at a Glance OECD indicators*. Edition OECD 2000 p.25

⁴⁵ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: Op. cit. (2000) p. 46.

⁴⁶ This expansion in Hungary characterised only those schools, which give a certificate after completing the four- year-long education there (in Germany the Abitur; in France, the baccalaurat) but not in other secondary level schools.

⁴⁷ ANNA IMRE – ZOLTÁN GYÖRGYI: *Középiskola mindenkinek?* In: *Educatio* 1998/1. p. 19.

⁴⁸ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: Op. cit. (2000) p. 46.

due to economic forces, then, although there may be a case for continued expansion, in that it reflects a growing demand for education on the part of individuals, the economic justification for government support of this may be weakened. The willingness of governments to increase expenditures on education and initial vocational training beyond basic schooling and to extend its duration stems in part from the conviction that they are contributing to strengthening the potential for economic development. At the same time, however, irrespective of the economic case, there is a strong argument that access to higher education is a key feature of a democratic society.

The question may also have a bearing on individual well-being. If, in reality, the increase in educational levels is not justified by the greater skill requirements in the economy, it could lead to a growing sense of frustration and disillusionment over the lack of opportunity to make use of the tuition received.

In practice, while a case can be made for the increase in the participation in education being primarily due to supply-side factors, the weight of evidence suggests that there has been a strong demand-side pull which shows no sign of abating.

From the Hungarian point of view, as Imre Anna and Györgyi Zoltán suggest correctly, one of the causes of the expansion of Hungarian secondary education was the competition started for the pupils, namely that the support the educational institutions get from the state (which is a specific character of the system today, too) mostly depends on the number of enrolled pupils. The demographic change and this phenomenon together contributed to this increase. The other cause is closely connected to economy. The firms, which earlier were in public ownership were privatised and due to this process many workers became jobless and there was no demand for certain (low-skilled) jobs any more. The secondary vocational system could not accommodate to these changes in their supply of vocations and the parents (who did not want to see their children being unemployed) had their children enrolled in other types of secondary schools which gave a certificate in the end. Later we will return to the expansion of secondary education.

The data show that between 1990 and 1997 the total enrolment in tertiary education doubled, among the EU Member States only Portugal had such a very high increase in this field, the figure here (1990 = 100%) is 268% in 1997.⁴⁹

There is a close relationship between education attainment levels and earnings, which suggests that employers are willing to pay a premium for better educated and trained people. In general, in the Member States the average monthly earnings of men with upper secondary qualifications were over 10% higher than those for men with only basic education ... In Spain, Luxembourg and Portugal, they were over 30% higher.⁵⁰ In the case of women, there is evidence of positive returns to upper secondary level education across the EU [though the measures are not so high as in the case of men in general]. In Spain, Portugal and Luxembourg, the average earnings of women with upper secondary qualifications were over 30% higher than for those with only basic education.⁵¹

The returns to tertiary education – university or equivalent were more substantial in all Member States for both men and women. (On average 60% more than those only

⁴⁹ Data available: *Education at a Glance OECD indicators* 2000 Edition OECD. p. 160.

⁵⁰ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: Op. cit. (2000) p. 41.

⁵¹ STEVE BAINBRIDGE, JULIE MURRAY: Op. cit. (2000) p.42 (See graphs); data available from year 1995.

with basic education. ... For women, the returns to tertiary education were large in most countries but lower than for men.

In the OECD statistics we can find similar trends in Hungary: The average monthly earnings of men with below upper secondary education were 26% lower than those with upper secondary and post-secondary non-tertiary education. The same figure for the earnings of women with below upper secondary education were 34% lower than those for women with upper secondary and post-secondary non-tertiary education.

Looking at the earnings of men with tertiary education in Hungary, we can see that their earnings are 213% higher than those with upper secondary qualification. This figure for women is only 154%.⁵²

Furthermore, the division of employment between sectors has shifted appreciably towards more advanced services, such as business services, health and education and, within manufacturing, towards high-tech industries. The occupational structure of jobs has shifted in a similar way, from less skilled manual jobs to higher skilled non-manual ones, specifically to managerial, professional and technical positions.

2. *The content of initial vocational training in the Union*

The need for the work-force to adapt both to structural change and the content of jobs raises questions about the highly formalised structure of occupations which has traditionally existed in a number of Member States, especially Germany and Austria. In both countries, there is typically a well-defined programme of vocational training and a set of qualifications, which anyone wanting to take up a particular job will usually need to have completed before they hope to be employed. The corollary of this is a highly differentiated range of education and training courses at secondary level, particularly in respect of vocational training, which combine school-based tuition with practical on-the-job experience (the dual system).

For many people in these countries, their career prospects and their place in society – largely determined by the occupation followed – are largely decided at a relatively early stage. The position is not so different in other countries (Hungary included), though the structure of occupations is generally less formalised and preparation for particular jobs usually involves fewer years of training.

Among the more problematic elements remaining from the era of the Party/State was the way in which vocational training, higher education and scientific research were structured. They were 'vertically' structured and segmented according to the 'economic sector', as opposed to a typical education structure in a market economy which is 'horizontal', and operation across the breadth of the economy.⁵³

As the structure of the economy evolves and new jobs are created, and as the content of existing jobs changes, the structure of occupations and, correspondingly, the training which goes into preparing individuals for particular jobs, must also change. There are essentially two responses to this, given the desire to maintain a formal

⁵² Source of data: *Education at a Glance OECD indicators 2000*. p. 293.

⁵³ STEPHEN P. HEYNEMANN: *The Transition from Party/State to Open Democracy*. In: *Educatio* 1998/3. p. 575. – The author remarks "to be sure there were differences from one country to the next; and for the most part, the segmentation of higher education was a problem typical of the former Soviet Union." This statement is mostly true for Hungary, too.

structure. One is to continuously define new occupations or redefine existing ones to try to keep up with change. The other is to broaden the definition of occupations to encompass new jobs as they emerge. In practice, both approaches have been followed and ... there has been a marked trend in recent years to reduce the number of occupations which are categorised.

A related response has been to broaden the content of initial vocational training courses, to include more general education to provide the basis for vocational training in specialised areas and to strengthen the capacity of participants to adapt to future changes in the techniques of performing a particular set of tasks or to shift to a related area of activity. The aim, therefore, is both to teach individuals the skills required to perform a given job, but to try to ensure that they are able to keep up with new advances in working methods and to take up other jobs if the need arises.

This approach is based on the notion that for any occupation or activity there is a key set of skills or qualifications which individuals need to process in order to perform the various tasks in a particular job. These skills are more general in nature than the specific ones involved in the job itself. They consist for example, of the ability to reason logically, critically and conceptually when analysing and solving practical problems. They also include an ability to learn, communicate and co-operate with others and the capacity to acquire, understand and process information.⁵⁴

The main function of the education and training system is to pass on this set of key skills as well as those which are more specific to particular activities. This implies a prior need to define the precise qualifications required for different occupations and the division of responsibility for teaching them between different parts of the system. It also implies that any effective programme of vocational training needs to consist of both general education to provide the essential basis for the acquisition of specific skills and the ability to continue to learn, and practical training to enable individuals to acquire the specific skills in question.

It has become an axiom of economic policy that workers and firms need to adapt to change. In practice, this is overly simplistic in the sense that workers and firms are not merely the passive players in the competitive process, subject to the whim of external market forces and changes in technology, but they can, and do, influence the environment in which they work.

Accordingly, it is important that there is effective interaction between those responsible for designing and organising education curricular and initial vocational training and employers. The need is, therefore, to develop efficient means of communicating to ensure that vocational training provided is responsive to labour market needs. The need is recognised throughout the EU and, in practice, a number of arrangements are in place in Member States to do this. These include:

- (a) monitoring economic developments and their implications for skill requirements and attempting to predict future changes in the latter;
- (b) the involvement of employers and trade union representatives in advising on the courses which should be taught in the education and vocational training system and their content;

⁵⁴ STEPHEN P. HEYNEMANN: *Op. cit.* p. 575.

- (c) the direct participation of those working in different sectors of activity in teaching and the organisation of training courses by the social partners, trade associations or professional bodies;
- (d) encouraging regular contact between local businesses and schools and colleges in the area;
- (e) establishing career advisory centres in schools and colleges;
- (f) decentralising decision-making concerning the courses taught and their content to schools and colleges and to regional or local authorities responsible for managing these;

If Hungary really wants to endeavour an economy with high added value production and intends to establish efficient conditions in education and vocational training, the governors have to draw serious attention to these arrangements. In this area Hungary has a lot to learn from the Member States. Although there were many changes in the field of educational policy in Hungary so far, Heyneman's and Birzea's words always should remind us of the control and improvement of the present system: the transition has phases and stages, and not all of them lead forward. Some education reforms are quicker and easier to put into place, such as changes in curriculum, textbooks, and pedagogy. ... Other areas appear more problematic. They include rationalising the number of institutions, establishing coherent education legislation, redistributing educational property, redefining local and administrative controls.⁵⁵

The European Union through its Member States already has enormous experience realising the above mentioned arrangements. So Hungary has the possibility to recognise the successful solutions, to choose the useful, realisable elements of them and to establish an own system in accordance with the Hungarian legislation, traditions etc.

3. Forecasting skill requirements

Arrangements are in place in most Member States to attempt to forecast the skills which, in many cases, involve the social partners either directly or in an advisory capacity. The difficulty of forecasting is that it entails not only predicting the future path of technological advance and its implications for jobs, but also more general economic developments stemming from changes in consumer demand, the process of globalisation and completion of markets. It is further complicated by the relatively long lead-time involved in many cases in increasing the availability of people with particular skills to perform the jobs being created. An effective programme of training, in other words, may extend over a number of years and, in addition, may involve a lengthy period of preparation before the first student is enrolled.

An advantage of forecasting is that it forces a conscious analysis of the present position in respect of the balance of supply and demand as regards particular skills. It also provides a forum in which the various interests involved can meet and discuss both the present position and prospective developments, and it encourages the formulation of forward-looking and practical measures for reducing imbalances in the labour market and for rectifying possible skill gaps in the work-force. In the latter

⁵⁵ STEPHEN P. HEYNEMANN: Op. cit. p. 575.

regard, for example, it might be able to identify ways in which existing courses can be modified.

4. Involving the social partners

In most parts of the EU, the social partners advise on education curricula and initial vocational training courses at upper secondary level. In addition, they participate in continuous vocational training and, in some cases, on examination boards especially, in respect of vocational studies. While such activities are generally encouraged by the government, both partner has a mutual interest in courses being relevant to labour market needs and in setting standards which students have to meet to qualify for a particular vocation. For employers, the incentive is to try to ensure that there is a sufficient number of potential new recruits with the skills they need, for employees, as for professional bodies, there is an interest in managing entry into different occupations to avoid an excessive number of people looking for jobs, on the one hand, and to maintain standards, on the other.

5. Decentralisation

In practice, in most Member States, while responsibility for the implementation of policy on vocational training is devolved to regional and local authorities or to the governing bodies of individual institutions, the formulation of policy, or at least the broad guidelines, is decided centrally.

At the same time, there has been a strengthening of national qualification standards to provide a common framework within which regional or local providers of vocational education and training have to operate.

Although decentralisation of decision-making on the vocational training courses provided may make these more responsive to local demand for particular skills, it also carries the attendant danger that too much emphasis is placed on meeting current needs and not enough on those which might arise in the future. This is a particular risk in less developed areas where the emphasis may be on skills required by traditional industries, liable to decline over the long term, rather than on those likely to be demanded by new industries or services. A parallel risk is that young people taught and trained with local market needs in mind may be put at a disadvantage if they move elsewhere.

To avoid these risks, it is important for policy implemented at local level not only to comply within national standards, but to be both forward and outward looking. This implies the establishment of an effective structure, involving the close co-operation of the social partners, vocational training providers and local or regional authorities, which provides the means of monitoring both current and prospective economic developments and new vocational opportunities and of determining the courses which should be made available.

Earnings and living-standards have a significant role in a lifelong learning oriented society. An educational system – which makes it possible for the population to permanently renew their knowledge or to start training in another vocation in accordance with the demands of the market – requires that the workers in the society

earn a reasonable salary. Reasonable, in this relation, in Hungary means that if an employee wants to take part in a vocational training course to update her or his skills or to learn new ones, it does not danger the existence of her or his family. Not only in Hungary but in other transitional countries there is a same problem: A very big proportion of the workers work more than eight hours (not rarely 10–14 hours) per day just to avoid the cost-of-living problems.

An ideal lifelong learning based educational and training system requires (to offer) a rich sort of educational and training (continuing training included) institutions according to the demands and aptitudes of people. And this ideal system would be very flexibly guided by economic changes. The establishment of a system like this is very expensive and to maintain this system – owing to its flexibility, hence its permanent change – requires constant additional expenses from the state. (Beyond the ordinary expenses.) At the same time, if we look at the goals of creating such a system: increasing employability, reducing unemployment, reaching a well-operating economy, surely in a long term, but the government will get the money back. Of course, the individuals and the employers also benefit a lot from this education. As we can see, the problem of financing was also formulated at EU-level.

Nevertheless, it can be argued that employers and individuals are better placed than governments to assess the amount and kind of vocational training they should provide or receive and, since they reap the benefits of training, it is them, rather than governments that should pay the costs. If financial support is needed, because, for example, costs have to be met before returns are realised, then, based on this argument, it should be provided in the form of a loan rather than a grant or subsidy. On the other hand, while it is indisputable that employers and individuals benefit from training, there are also major gains to society and the economy (i.e. significant externalities) from having a better educated and trained population.⁵⁶

Bainbridge and Murray described the potential benefits from investment of vocational training:

Individuals

- More job opportunities
- Higher salary
- Better career prospects
- Lower probability of unemployment
- Increased job satisfaction
- Improved working environment

Enterprises

- Higher productivity
- Increased efficiency
- Higher flexibility
- Retention of work force
- Improved motivation
- Attraction of labour

National level

- Equal access
- Diminished social exclusion
- Increased economic welfare
- Diminished social costs
- Increased tax revenue
- Achievement of adequate skill levels
- Avoidance of free-rider problem

European level

- Convergence of labour markets
- Increased mobility
- Increased cross-border co-operation

⁵⁶ BAINBRIDGE and Murray, Op. cit. p. 64.

As it was written, in the Member States, where the social partnership has long traditions, the social partners can add their suggestions to the curricula. This way they significantly contribute to the success of education. Even a very cautious government is not able to replace the experience of the employers' and employees' organisations which can be used at the elaborating the curricula.

In Hungary nowadays the government has the main role in the decision-preparations, the social partners are in the background – though there are steps forwards. It means that here, social partners do not really have a role as in the EU Member States. This phenomenon again has historical roots. (See in the next chapter.)

In 1998, a new educational system came into force re-determining the curricula in initial and secondary schools (vocational secondary schools involved). The teachers were drawn into the preparatory works – started in 1989 – but the representatives of the social partners did not take part in that.

A well-operating bipartite or tripartite social partnership can give large impetus to economic development. In the Member States the social partners have a significant role during the process of preparing decisions in areas connected with economy and the governments seem to draw significant attention to their opinions, suggestions. Each party has a similar long-term goal and negotiating on this common basis can lead to – from the educational point of view – better curricula which can give hopes for a better economy.

IX. Summary

Chapter 1 examined the present difficulties of Hungary as a transitional country which also has to cope with the big tasks of joining the European Union and post-20th-century problems such as globalisation and demographic changes. The socialist past of the country is underlined because it has not passed traceless and still has affects on the society and the current situation of education and the labour-force.

The fundamental changes in politics and economy in the post-war period and after 1989 significantly determined the educational policy. Due to the economic policy of the socialist system the Hungarian educational system was completely separated from the demands of the market. Both economy and education operated in their own way with no relations to each other, in accordance with the political will of the State/Party.

After 1989 the economy started to operate according to the rules of a market economy, but the educational policy could not follow entirely the rapid changes, though there were innovations in the structure of the educational system, in the curricula. The educational institutions have also tried and try to react upon the new demands appearing for certain educational qualifications.

During the forty years of isolation the non-socialist countries started to lay large emphasis on understanding the relations of education and economy. Their recognition embodied in increased awareness from the states and in measures which tried to give straight way for increasing the skill-level of work-force through widening and strengthening the role of quality-oriented education.

These emphasises are of crucial importance for Hungary, owing to its nearing accession to the EU, especially the experiences, regulations and recommendations of the Member States. The *acquis communautaire* contains several vocational training topics aiming to increase the skill-level of the work-force and through this the competitiveness of the Member States. The EU awaits the reduction of unemployment from the Community-vocational training policy as well.

Hungary is in transition and due to this situation the country has to do with some grave difficulties, which do not appear in the Member States of the Union. The most urgent tasks of the country to reach a good educational system which can serve as a base for a well-operating economy, are the following:

- to plan a wide-ranging *coherent* strategy utilising the recommendations of the EU and experiences of other well-developed countries and the Member States' as well including the establishment of an institute which forecasts the needs of economy in terms of the concrete skill-level of the labour force;
- to increase significantly the teachers' salaries;
- to strengthen the links between economy and education.

Bibliography

- ASHTON, DAVID N. and SUNG, JOHNNY: *Education, Skill Formation, and Economic Development: The Singaporean Approach*. In: Education 1999 Oxford University Press.
- BARLAI RÓBERTNÉ: *NAT- problémák*. In: Tanulmányok a közoktatásról OKNT – OM 1997.
- BLANPAIN, ROGER: *Social Dialogue – Economic Interdependence and Labour Law*. In: REPORTS to the 6th European Congress for Labour Law and Social Security 1999 Warsaw.
- BROWN, PHILIP and LAUDER, HUGH: *Education, Globalization, and Economic Development*. In: Education 1999. Oxford University Press.
- BAINBRIDGE, STEVE and JULIE MURRAY: *An Age of Learning vocational training policy at European level*. CEDEFOP 2000 Thessaloniki.
- Education at a Glance OECD Indicators*, Education and Skills OECD 2000 Edition.
- HALÁSZ GÁBOR: *A magyar közoktatás anyagi ellátottsága*. In: Tanulmányok a közoktatásról. OKNT – OM 1997.
- HALSEY, A. H. – HUGH LAUDER – PHILIP BROWN – AMY STUART WELLS: *The Transformation of Education and Society. An Introduction*. In: Education, Oxford University Press 1999, Oxford.
- HEYNEMANN, STEPHEN P.: *The Transition from Party/State to Open Democracy*. In: Educatio 1998/3.
- HOFFMANN RÓZSA: *Nevelésügy '97 – belülről*. In: Tanulmányok a közoktatásról. OKNT – OM 1997.

- HOFFMANN RÓZSA: *Vita – tét nélkül?* In: Tanulmányok a közoktatásról. OKNT – OM 1997.
- Education and Society: An Introduction.* In: Education 1999 Oxford University Press.
- IMRE ANNA – GYÖRGYI ZOLTÁN: *Középiskola Mindenkinél?* In: Educatio 1998/1.
- KOZMA TAMÁS: *Társadalmi egyenlőtlenségek az iskolában.* In: Tanulmányok a közoktatásról. OKNT – OM 1997.
- LISKÓ ILONA: *Az oktatás minősége és az iskolák presztízse.* In: Educatio 1999/3.
- LISKÓ ILONA: *Bokros-csomag a közoktatásban.* In: Educatio 1998/1.
- LOVAS ISTVÁN: *A közoktatás struktúrájának változása.* In: Tanulmányok a közoktatásról OKNT – OM 1997.
- Magyar statisztikai zsebkönyv.* KSH Budapest 2000.
- MÉSZÁROS ISTVÁN: *Magyar oktatás: 996–1996.* Eötvös József Press, Budapest 1997.
- RÚZS MOLNÁR KRISZTINA: *A magyar közoktatás fejlődése a századfordulótól napjainkig, különös tekintettel a kisiskolák helyzetére,* – Szakdolgozat, Szeged, JATE, 1999. (Kézirat)
- SZEBENYI PÉTER: *Eredmények és problémák.* In: Tanulmányok a közoktatásról OKNT – OM 1997.
- SZEBENYI PÉTER: *A NAT hullámhegyei és -völgyei.* In: Tanulmányok a közoktatásról OKNT – OM 1997.
- SZEMERSZKI MARIANNA: *A Nemzeti Alaptanterv fogadtatása.* In: Educatio 1998/1.

RÚZS MOLNÁR KRISZTINA

A MAGYAR KÖZOKTATÁS NEHÉZSÉGEI ÉS EREDMÉNYEI

(Összefoglalás)

Hogy egy ország miként tud hosszútávon is versenyképes gazdaságot fenntartani és így folyamatosan biztosítani állampolgárai számára a jólétet, a tőkés országok számára a kezdetektől fogva kulcskérdés volt. Több könyvtárat betöltő irodalma van annak, hogy a termelés egyes tényezőinek megváltoztatásával a termelékenységét miként lehet befolyásolni.

Az, hogy egy ország oktatáspolitikája, annak struktúrája, célja, minősége is befolyásoló tényező lehet, a második világábrút követően jelent meg a nyugati szakirodalomban céltudatos kutatások tárgyaként. Éppen abban az időben, amikor Magyarország a szovjet érdekszféra részévé vált, amikor a gazdaság működését többé nem a piac törvényszerűségei határozták meg. A tervutasításos rendszer nem kívánta meg az oktatáspolitikát és a gazdaság szakember-igényének összehangolását.

Az 1989–90-es rendszerváltozást követően az ország újból teret engedett a piac által meghatározott gazdasági fejlődés előtt. A nyugat-európai és más fejlett gazdasággal rendelkező országokhoz hasonlóan Magyarországnak is tudatos politika kialakítására van szüksége a gazdaság és az ehhez kapcsolódó oktatásügy területén. Magyarország szerencsés helyzetben van abban a tekintetben, hogy e két szféra

kölcsönhatásait és törvényszerűségeit vizsgálva felhasználhatja az előbb említett országok tapasztalatait is.

Mindezekon túl országunk különös figyelmet kell szenteljen az Európai Uniónak ezen a területen kialakított szabályozására és iránymutatására (acquis) is a remélhető csatlakozás küszöbén. A közösségi szintű szakképzési politika tartalmazza az erre vonatkozó szabályozás jelentős részét. Az Unió egészének és tagállamainak azonban a gazdasági és oktatáspolitikai fejlődés összehangolása nemcsak a hatékonyabb gazdaság kulcsát jelenti, hanem a foglalkoztatáspolitikai szempontjából is elsődleges fontosságú. Tudjuk, hogy az Unió országai évtizedek óta küszködnek a magas a munkanélküliséggel. Az EU szakemberei szerint egy tudatos, jól összehangolt oktatáspolitikával jelentősen lehetne javítani a foglalkoztatási arányon, ami a szociálpolitikát tekintve is nagy előrelépés lenne.

Ahhoz, hogy Magyarországon hosszútávon jól működő gazdaság jöhessen létre, biztosítani kell az ennek elérését megvalósító szakemberek képzését és ezek folyamatos utánpótlását. Egy ilyen rendszer kiépítéséhez figyelemmel kell lenni más országok elért eredményeire, az Unió elvárásaira, de kialakítása során nem szabad megfélemlkezni az ország jelenlegi gazdasági fejlettségéről s oktatási hagyományairól sem.

VILLÁNYI JÓZSEF

A Párizsi Parlement középkori történetéhez (13–15. század)

Magyarországon sajnálatos módon mindez ideig viszonylag kevés szakmunka látott napvilágot, amely francia jogtörténettel, s ezen belül is intézménytörténettel foglalkozott. Tanulmányommal^{*} ehhez a fájó hiányosság pótlásához szeretnék, ha csak szerény mértékben is, hozzájárulni, vázlatosan ismertetve a francia monarchia egyik legfontosabb és leghatalmasabb intézményének, a párizsi Parlementnek a XII–XV. századi történetét. Célom a bíróság szervezete és működése révén a francia igazságszolgáltatás bemutatása, annak minden visszasságával és haladó vonásával együtt. A Parlement kiterjedt hatásköre, sajátos helyzete ugyanakkor azt is lehetővé teszi, hogy betekintést nyerjünk a monarchia törvényalkotási és közigazgatási tevékenységébe.

A Parlement feladatainak sokszínűsége és szerteágazósága nem érthető meg a történeti előzmények ismerete nélkül.

Franciaországban kezdetben a politikai jellegű gyűléseket a Mars vagy Mallum mezején hívták össze. Később a *Mallum bírósága* névvel illették a Király Bíróságát (*La Cour du Roi*) is, melyen a hatalmasabb vazallusok, az egyházi főméltóságok és a korona magas rangú tisztviselői vehettek részt. Évente csak két alkalommal hívták össze, ezt a törvényszéket: Mindenszentekkor és Pünkösdkor. A résztvevők az igazságszolgáltató tevékenység mellett politikai, közigazgatási és az államkincstárt érintő kérdésekben is tanácskoztak. A bíróság rendelkezéseit az *Olim* név alatt bocsátották ki.

A Király Bíróságához, a *Curia Regis*hez, az ország bármely lakosa fordulhatott. A királyság egész területe elvileg közvetlenül az uralkodó hatalma alatt állott, így bármely per a bíróság elé kerülhetett: vagy első fokon, mint a királyi tisztviselők, az uralkodó oltalma alá helyezett közösségek és személyek ügyei, vagy másodfokon. A Király Bíróságának kizárólagos hatáskörébe tartozott – a pairek jelenlétében – a vazallusok feletti ítélkezés is.

A királyi hatalom megerősödése, s ezzel együtt a bíróság hatáskörének kiszélesedése megkövetelte, hogy az ügyek gyorsabb és szakszerűbb elintézése érdekében a *Curia Regis* több részre váljon szét: a Nagy Tanácsra (*Grand Conseil*), a Parlementre (*Curia Parliamenti*) és a Számvevő Kamarára (*Chambre des Comptes*). Ez az elkülönülés a XII. század végén következett be. A Parlement igazságszolgáltató jogköre IX. (Szent)

^{*} A tanulmány *A Párizsi Parlement története megalapításától I. Ferenc uralkodásáig* című, 272 oldal terjedelmű munka rövid összefoglalója.

Lajos uralkodása alatt alakult ki, és ekkor foglalta el székhelyét Párizsban.¹ „A Parlement ekkor vált az egész királyság legfelsőbb bíróságává, jogtudós tagjai pedig a központosítás legfontosabb eszközeivé.”²

I. A Parlement felépítése

A *Curia Parliamenti* három kamara alkotta:

I. „A Nagy Kamara (*Grand` Chambre*) volt hivatott jelképezni az intézmény egységét, és gyakorolt vitathatatlan hatalmat a bíróság valamennyi tagja felett.”³ Első fokon ennek a kamarának a hatáskörébe tartozott a regálékkal, az apanázssal, a korona jogaival és a királyi uradalmakkal kapcsolatos perekben, a pairek, az Egyetem, a párizsi Hotel-Dieu és a királyi oltalom (*la sauvegarde du roi*) alá helyezett személyek és közösségek ügyeiben való bírászkodás. Másodfokú bíróságként járt el a sénéchalok és a baillik ítéletei, valamint a Márványtábla (*Table de Marbe*) határozatai elleni fellebbezések alapján. A Nagy Kamara vizsgálta felül a másik két kamara döntéseit, helybenhagyva, megváltoztatva vagy megsemmisítve azokat. Sőt, „az állandó tiltakozások ellenére a Nagy Kamara más királyi bíróságok ítéleteit is felülbírálta.”⁴ Kizárólag ez a kamara hirdethette ki a többi kamara által meghozott ítéleteket.

Hivataluk elfoglalását megelőzően a Nagy Kamara elnöke és tanácsosai előtt tették le az esküt azon királyi tisztségviselők, akik igazságszolgáltató jogkörrel rendelkeztek. Ez a kamara eskette fel és iktatta be tisztségükbe a baillikat, sénéchalokat, a kormányzókat (*gouverneur*), a kapitányokat (*capitaine*), az admirálisokat s a marsallokat. Az ünnepélyes tanácskozásokat, a *lits de justice*-eket, „igazság fekhelyeiket” is itt tartották. Kizárólag a Nagy Kamara ülésein jelent meg a király, ha jelenlétével befolyásolni kívánta valamely fontosabb ügy eldöntését. Ezt a kamarát a három elnökön kívül tizenöt világi és tizenöt egyházi tanácsos alkotta, s ez a létszám – az elnökök számának négy majd öt főre történő emelkedésétől eltekintve – lényegében nem változott az azt rögzítő 1345. március 11-i ordonnance-tól kezdődően egészen a francia forradalomig.⁵

A Nagy Kamara büntető ügyek eldöntésére saját világi tagjai közül jelölt ki kilenc tanácsost, akik a kis toronyban ülészttek. A Büntetőjogi Tornyocska (*Tournelle Criminelle*) hatáskörébe tartoztak az emberöléssel (*homicide*), emberrablással (*rapt*), házasságtöréssel (*adultère*), erőszakos közöszlélssel (*viol*), testi sértésekkel (*coups et blessures*), csalásokkal (*fraudes*), gyámok, gondnokok, más vagyonkezelők hanyag kezelésével (*négligences coupables des tuteurs, curateurs, administrateurs*) kapcsolatos perek, valamint a háború esetén kivetett váltságdíjra (*gage de bataille*) vonatkozó jogviták. „Az 1454. áprilisi Montils-les-Tours-i ordonnance 25. cikkelye kimondta,

¹ A IX. (Szent) Lajos uralkodása alatt a francia igazságszolgáltatás szervezeti rendszerében bekövetkezett változásokról igen részletesen ír PARDESSUS: *Histoire de l'organisation judiciaire en France*. Paris, Durand, 1851. 95–105. p.

² AUBERT, FÉLIX: *Le Parlement de Paris de Philippe Le Bel à Charles VII. (1314–1422.)*. sa compétence, ses attributions, Paris, Alphonse Picard et Fils, 1890., VI. p.

³ AUBERT, FÉLIX: *Histoire du Parlement de Paris de l'origine à Francois I. er (1250–1515)*. Paris, Alphonse Picard et Fils, 1894. 18. p.

⁴ AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 18. p.

⁵ A Parlement és ezen belül a Nagy Kamara létszámának változását követi végig AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 11–14.p.

hogyan a Nagy Kamara csak a fővesztéssel (*peine capitale*) járó ügyekben ítélezhet, míg egyéb perekben az egyik elnök néhány tanácsos jelenlétében bíraskodik egy másik teremben”,⁶ azaz a Büntetőjogi Tornyocskában. Az *ordonnance* így szinte korlátlan hatáskört biztosított büntetőjogi ügyekben a Tornyocska tanácsosai számára, megteremtve az 1515-ben bekövetkezett önálló kamarává válás alapjait.

2. A Vizsgálatok Kamaráját (*Chambre des Enquetes*) 1306-ban hozták létre a vizsgálatok mesterei (*maitre des enquetes*) címet viselő tanácsosok. Szent Lajos uralkodása során is már egy önálló bizottságot alkottak a bizonyítékok felkutatásával és összegyűjtésével megbízott, a Nagy Kamara saját tagjai közül választott bírák. A mesterek egy csoportjának, akiket kihallgatóknak (*auditeur*) neveztek, kellett a perbeli cselekmény helyszínére kimenni, és ott a tanúk kihallgatásával, a bizonyítékként felhasználható iratok és más tárgyi bizonyítási eszközök összegyűjtésével a vizsgálatot lefolytatni. A tanácsosok másik kategóriája, akik a vizsgálók (*regardeur, entendeur des enquetes*) megjelölést viselték, bírálta el az ügyeket a kihallgatók jelentései alapján.⁷ Ez a megkülönböztetés volt az alapja a később kialakított jelentéstevő (*rapporteur*) és bíraskodó (*jugeur*) tanácsosok közötti különbségtételnek. Az önálló kamara 1306-ban történt létrehozását követően az 1345. március 11-i *ordonnance* megszüntette a vizsgálatok mestereinek fenti kettéosztottságát. Kezdetben a Vizsgálatok Kamarájának hatáskörébe csak a baillik, sénéchalok, a királyi biztosok vagy a parlamenti megbízottak (*commissaires*) – akiket a Vizsgálatok Kamarájának tagjai közül neveztek ki – által lefolytatott vizsgálatok feldolgozása tartozott. „Feladata csupán a vizsgálatok során rögzített tények valósága és létezése felőli döntés volt.”⁸ Hamarosan az írásbeli perek során felmerülő közbenső vitákkal is ez a kamara foglalkozott, mely feladat hatáskörének egyik legfontosabb alkotóelemévé vált. A Vizsgálatok Kamarája járt el az egyszerű szóbeli fellebbezések esetében is. A vizsgálatok mesterei döntöttek a közbenső ügyekben (*affaires incidentes*) is, azaz olyan vitákban, amelyek már folyamatban lévő írásbeli perekhez kapcsolódtak. A hatáskörök tisztázatlanságát jól jelzi, hogy ez a kamara ítélezett kis büntetőügyekben (*procès de petit criminel*) is, azaz olyan perekben, ahol a főügyész (*procureur général*) nem indítványozta megszegyenítő büntetés (*peine infamante*) kiszabását.⁹ Az uralkodónak jogában állott az ügyeket a Vizsgálatok Kamarájától elvonni és a Nagy Kamara elé terjeszteni. A XVI. század folyamán ez a kamara, mely soha nem tartott ítélezési szünetet, látta el a Szüneti Kamara (*Chambre des Vacations*) feladatát. Az 1345. március 11-i *ordonnance* rögzítette véglegesen a Vizsgálatok Kamarája tagjainak számát: két elnök mellett huszonnégy egyházi és tizenhat világi tanácsos alkotta ezen testületet.¹⁰

3. A Kérvények Kamaráját (*Chambre des Requetes*) az uralkodóhoz érkezett kérelmek átvizsgálásával megbízott tanácsosok hozták létre 1291-ben. Akárcsak a vizsgálá-

⁶ AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 19. p.

⁷ A fenti megkülönböztetés történetéről és a tanácsosok ezen két kategóriája feladatkörének változásáról P. GUILHIERMOZ: *Enquetes et procès*. Paris, Alphonse Picard, 1865, 158. p., valamint az elnevezésről LANGLOIS, CHARLES V.: *Textes relatifs à l'histoire du Parlement depuis les origines jusqu'en 1314*. Paris, Alphonse Picard, 1888, n LXXII.

⁸ AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 25. p.

⁹ GRÜN: *Notices sur les archives du Parlement*. In.: E. BOUTARIC: *Actes du Parlement de Paris*. Paris, H. Plon, 1863. (a továbbiakban: E. BOUTARIC (1863a)).

¹⁰ A kamara létszámának változásáról részletesebben ír AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 23–24. p.

latok mesterei a kérvények mesterei (*maitres des requetes*) is kezdetben a Nagy Kamara delegált tagjai voltak. A Kérvények Kamarájának tanácsosai két szekcióban dolgoztak: négy mester a dél-francia nyelvjárásban (*langue d'oc*), hat mester az észak-francia nyelvjárásban (*langue d'oïl*) írott keresetekkel foglalkozott. Hosszú Fülöp 1318. november 17-i ordonnance-ában megszüntette a kamara kettéosztottságát, és tagjainak számát négyre csökkentette, akik közül kettő világi mester volt.¹¹ A Kérvények Kamarájának hatáskörébe kezdetben csak a keresetek megvizsgálása és az igazságszolgáltató leveleknek (*lettre de justice*) a király nevében történő kibocsátása tartozott. „Ezen levelek felhatalmazták a keresetet indító felet (*plaideur*), hogy ellenfelét a Parlement elé idézze.”¹² A kérvények mesterei döntöttek az igazságszolgáltató levelekkel szembeni tiltakozások ügyében is. Fellebbezések esetén ők állították ki azon okiratokat is, melyekben az első fokon eljáró bírót és a feleket a Parlement elé idézték. Az idézés kibocsátása előtt azonban ellenőrizték, hogy a jogorvoslatot az előírt határidőn belül terjesztették-e elő.¹³ Ha egy ügy vizsgálatát a megbízottak nem fejezték be határidőre, akkor ezeket a Kérvények Kamarájának mesterei dolgozták fel az ítélezési szünet alatt. A Vizsgálatok Kamarája mellett így a Kérvények Kamarája is néha Szüneti Kamaraként működött.¹⁴ V. Károly 1364. novemberi ediktumában elrendelte, hogy ez a kamara bíraskodjon első fokon a *committimus*¹⁵ kiváltságával rendelkező felek személyállapoti és birtokpereiben, miután ellenőrizte, hogy a felperes rendelkezik-e ezen privilégiummal.¹⁶ A Kérvények Kamarája ítélezett azon ügyekben is, melyek a kereset és egy egyszerű előterjesztés alapján azonnal elbírálhatóak voltak. A Parlement ügyvédei is az őket személyesen érintő ügyeikkel a Kérvények Kamarájához fordultak. A király is ezen kamara elé terjeszthette azon pereket, melyekben a feleket eredetileg a senechálók vagy baillik elé idézték, elvonva így tőlük az adott ügyet. A kamara első fokon hozott ítéletei ellen a Nagy Kamarához lehetett fellebbezni

II. A Parlement vezetői, tagjai és az ülésein részt vevő személyek

1. A király (*le roi*) a Parlement önállósodásától kezdve gyakran elnökölt a bíróság ülésein. A határozatok elnevezése is különbözött aszerint, hogy az uralkodó részt vett-e az ítélezésben, vagy sem. A mandato regis a király jelenlétében, míg a mandato curiae a távollétében hozott döntések elnevezésére szolgált.¹⁷ Egyes esetekben az uralkodó a Parlementtel megvitatva szabta ki a büntetést, más alkalommal minden megbeszélés nélkül a monarcha egyedül határozta meg az alkalmazandó szankciót. A király főleg a büntetőjogi ügyek elbírálásában vett részt. Az uralkodó a XIV. században már egyre ritkábban elnökölt a Nagy Kamara ülésein, s ezen időszaktól kezdődően rendszerint

¹¹ A Kérelmek Kamarája belső felépítésének és összetételének változásáról részletesen ír AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 34–36. p.

¹² AUBERT, FÉLIX: i. m. 2.: 32. p.

¹³ E. BOUTARIC: *La France sous Philippe Le Bel*, Paris, H. Plon, 1863. (a továbbiakban: E. BOUTARIC 1863b) 203. p.

¹⁴ E. BOUTARIC (1863b): i. m. 204. p.

¹⁵ E privilégium pontos tartalmát a későbbiekben részletesen ismertetem.

¹⁶ PARDESSUS (1851a): i. m. 163. p.

¹⁷ Az igazságszolgáltatásba történő uralkodói beavatkozásról és annak a Parlement ítélezési gyakorlatára vonatkozó hatásáról AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 187. p.

csak a Nagy Tanács keretén belül bíráskodott. A Parlement ülésein csak akkor vett részt, ha valamely fontosabb ügy személyét vagy a korona jogait érintette. Mindig jelen volt azonban a pairek közötti jogviták elbírálása során.

A királynak jogában állt megsemmisíteni (*casser*) a legfelsőbb bíróság határozatait, vagy a Parlement korábbi döntéseivel (úgynevezett szokásával = *usages*) vagy a tanácsosok többségének véleményével ellenkező ítéletet hozni. Volt, amikor arra kötelezte a bíróságot, hogy rendelkezéseit foglalják be a határozatba, máskor az eljárás elhalasztását kérte, mivel személyesen akart az ügyben ítélni, vagy csak véleményét akarta ismertetni a Parlamenttel a per kapcsán. A királynak a legfelsőbb bíróság döntéshozatalába történő beavatkozásai a XIII–XIV. században teljesen elfogadottak voltak, hiszen mint azt E. Boutaric francia jogtudós is megjegyezte: „Az igazság az uralkodótól eredt, aki így az igazságszolgáltató hatalom gyakorlását tetszése szerint vehette viszza.”¹⁸

Az uralkodói beavatkozások másik formája volt az ügyelvonás (*évocation*). A királynak – éppen igazságszolgáltató hatalmából következően – jogában állt a Parlemtől vagy más bíróságtól elvonni a folyamatban lévő ügyeket, s azokat saját Királyi Tanácsa (*Conseil du Roi*) elé terjesztetni.¹⁹ A perelvonást a felek is indítványozhatták, ha kétségbe vonták a Parlement tagjainak pártatlanságát, vagy az eljárást szerették volna lerövidíteni, esetleg a túl nagy perköltséget elkerülni. A Parlement az elvonást kérelmező feleket gyakran megfenyegette, s szembeszállva a királyi akarattal sokszor tagadta meg az ügyek átengedését, akár saját, akár az uralkodónak engedelmeskedő, alsóbbrendű tisztviselőit is börtönbe vettetve. Később a Parlement már csak eredménytelen tiltakozásokat, figyelmeztetéseket (*remontrance*) intézett egy-egy ügyelvonás kapcsán az uralkodóhoz.

A XIII. századtól kezdve politikai gyűléseket is tartottak a Parlementben, melyeket a XIV. századtól az igazság fekhelyének (*lits de justice*) neveztek. Az uralkodó mellett a korona főbb hivatalnokai és az állam főméltóságai vettek részt ezeken a tanácskozásokon. „Az intézmény szerepe az volt, hogy nagyobb nyilvánosságot és támogatást adjon a királyi akarat megnyilvánulásainak.”²⁰ Az igazság fekhelyei során vett részt az uralkodó egy-egy országos jelentőségű ítélet meghozatalában, esetleg egy ordonnance kihirdetésében. Később ezen alkalmakkor iktatták be (*enregistrer*) és hirdették ki (*déclaler*) az edictumokat.

2. A *kancellár* (*chancelier*) volt a Parlement legfőbb vezetője. Ő elnökölt minden évben az ünnepélyes nyitó ülésen, melyre télen, Szent Márton másnapján került sor. Előtte tették le hivatali esküjüket ezen alkalomkor a tanácsosok és a Parlement többi tisztségviselői, a Szent Evangéliumra fogadván, hogy az uralkodó akaratának és az ordonnance-ok rendelkezéseinek megfelelően fognak eljárni. Ő iktatta be tisztségébe a legfelsőbb bíróság első elnökét felolvassván a király kinevező levelét. A kancellár ellenőrizte a Nagy Kamarában a tanácsosok megválasztását. Az ordonnance-okat és a királyi okiratokat is ő terjesztette a Parlement elé, s rendelte el azok beiktatását, majd felügyelte végrehajtásukat. Ellenőrizte a tanácsosok munkáját, s ha valamely ügy politikai

¹⁸ E. BOUTARIC (1863b): i. m. 212. p.

¹⁹ A Királyi Tanács elnevezés (*Conseil du Roi*) a XVI. Században vette át fokozatosan a Nagy Tanács (*Grand Conseil*) elnevezés helyét. A témáról bővebben: OLIVIER-MARTIN, FRANÇOIS: *Histoire du droit français des origines à la révolution*. Paris, Centre National de la recherche scientifique, 1992.

²⁰ AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 196. p.

vagy jogi szempontból bonyolultnak mutatkozott, a Parlement a döntés meghozatala előtt kikérte a kancellár véleményét. Az uralkodó képviselője lévén jogosult volt azon ügyeket magához vonni, melyek elbírálása kapcsán hatásköri vita alakult ki a Parlement és a Számvevőkamara között.²¹ Ő hívta össze a kamarákat, s több alkalommal a legfelsőbb bíróság elnökeivel tanácsulést tartva tárgyalta meg egy-egy fontosabb kérdést. A kancellár maga is nevezhetett ki megbízottakat a per során elrendelt vizsgálatok lefolytatására. Közvetítőként szolgált a Parlement és a király között, tolmácsolva a monarcha akaratát s továbbítva az uralkodó felé a bíróság hozzá intézett tiltakozásait.

A kancellárt az uralkodó nevezte ki. A Parlement tanácsosai csak egy rövidebb időszakban vehettek részt a tisztségre alkalmas jelölt kiválasztásában.²²

3. Az *elnökök (présidents)* irányították ténylegesen a legfelsőbb bíróság munkáját, mivel a kancellár – annak ellenére, hogy ő volt a Parlement legfőbb vezetője – számos politikai feladata miatt nem tudta ellátni a bíróság mindennapos tevékenységének koordinálását. Az elnökök közül legfontosabb szerepe a Nagy Kamara első elnökének (*premier président*) volt. Hatalma nemcsak a Nagy Kamarára, hanem az egész Parlemtre kiterjedt. Helyettesítette a kancellárt, feleskette az ügyvédek (*avocat*), a prokurátorokat (*procureur*), a jegyzőket (*greffier*), a teremőröket (*huissier*). Legfontosabb feladata a Nagy Kamara üléseinek vezetése, elnöklés a Parlement kamaráinak közös tárgyalásain, a rendeletek és ordonnance-ok betartásának ellenőrzése volt. Az első elnök a Parlement tagjai fölött fegyelmi jogkört is gyakorolt. Ő iktatta be hivatalába a párizsi prévt-t. VI. Károly őt bízta meg a főváros védelmének megszervezésével is.²³

Az első elnöknek alárendelve a Nagy Kamarán belül még öt másik elnök is működött. A többi kamara élén is elnökök álltak, de szerepük kevésbé volt fontos mint a Nagy Kamara elnökeié. Kezdetben mindig a legidősebb tanácsosok töltötték be ezt a tiszte, s az elnöki címen kívül sem öltözték, sem illetményük nem különbözött a többi parlamenti mesterétől. A Vizsgálatok Kamarájának két, a Kérvények Kamarájának egy elnöke volt. „Az elnökök feladatkörébe tartozott az ülések rendjének fenntartása (*police des audiences*), a rendeletek és ordonnance-ok betartatása, és a határozatok kihirdetése (*prononcer les arrêts*), szükség esetén módosítása (*corriger*).”²⁴ Az 1499. márciusi Bois-i ordonnance elrendelte, hogy a Nagy Kamara és a Vizsgálatok Kamarája elnökei kéthetente, de legalább havonta egyszer, szerdánként, vacsora után üljenek össze, és vizsgálják meg a Parlemtre vonatkozó összes rendeletet és ordonnance-ot. Kamaránként két-két tanácsos lehetett még jelen ezeken az üléseken. Együtt vitatták itt meg a fontos kérdéseket, s jelezték a törvénysértéseket. A anyag tanácsosok illetményét (*gages*) egy vagy több hónapra felfüggeszthették, és feljegyezték a kiszabott fegyelmi (*blames*) és egyéb büntetéseket (*peines*), hogy arról a királyt kívánságára, de legalább évente kétszer tájékoztassák. Az elnökök nevezték ki a tanácsosok közül a vizsgálatokat lefolytató megbízottakat (*commissaires*), gyakran kikérve a legidősebb

²¹ AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 40. p.

²² A kancellári tisztség betöltésére vonatkozó szabályok változásairól igen részletesen ír AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 42–47. p.

²³ Az említett megisztelő feladattal való megbízás a százéves háború alatt, 1415. október 3-án, történt, mely időszakban a Parlement egyébként is igen fontos szerepet játszott mind Párizs, mind a királyság életében. Az esetről számol be AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 113. p.

²⁴ AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 139. p.

egyházi és a legidősebb világi tanácsos véleményét, ügyelve egyben arra is, hogy egyenlő arányban osszák el ezen feladatokat a fiatalabb és az élteőbb bírák között. Az elnökök csak meghatározott jövedelem nagyságot meghaladó uradalmak (*seigneuries*), illetőleg grófságok (*comtés*), hercegségek (*duchés*), valamint püspökségek (*évéchés*) és apátságok (*abbaye*) peres ügyeiben járhattak el megbízottként, s ekkor is szigorúan csak a törvénykezési szünetek alatt. Az ülésszakok közötti szünetekben az elnökök, néhány tanácsos kíséretében, bizonyos sürgős ügyekben ítélezhettek is.

Az elnököket kezdetben a király nevezte ki. Később a Parlament a jelöltek közül kiválaszthatta a legalkalmasabbakat, korlátozva így az uralkodó kinevezési jogát. V. Károly megadta azt a privilégiumot a legfelsőbb bíróságnak, hogy maga választhassa meg elnökeit, miként az első alkalommal meg is történt 1366. február 16-án.²⁵

4. A tanácsosokat (*conseiller*) kezdetben a parlement mesterei (*maitres du parlement*) névvel illették: *magistri curiae*, *magistri camerae parlamenti*, *magistri tenentes parlamentum*. Amennyiben a tanácsosok összességéről kívántak szólni, akkor a Parlament urai (*seigneurs du Parlement*) kifejezést használták. A XIV. század második felétől a tanácsos elnevezés egyre gyakoribbá válik, de számos okiratban használják a többi kifejezést is, főleg a parlament urait. A legfelsőbb bíróság tagjai két eltérő helyzetű társadalmi csoportból származtak: voltak világi és egyházi tanácsosok. A legfontosabb és kivételt csak ritkán s időlegesen elszenvedő szabály az volt, hogy klerikus tanácsosi helyet csak egyházi személy, míg laikus bírói státuszt csak világi személy tölthetett be. A tisztség elnyeréséhez kapcsolódó többi szabály már korántsem volt ilyen állandó.

Kezdetben, a XIII. század folyamán a király nevezte ki a tanácsosokat, miután meghallgatta a kancellár és a Királyi Tanács tagjainak véleményét. Az uralkodó minden egyes ülésszak előtt megismételte a kinevezési eljárást, és értesítette az érintetteket. Az első elnöknek megparancsolta, hogy fogadja az új tagok esküjét, és iktassa be őket a tisztségükbe. VI. Fülöp 1343. április 8-i ordonnance-ában bevezette az ajánlási eljárást (*présentation*). Egy különbizottság (*commission spéciale*), amely az ő elnöklete alatt a kancellárból, a Parlament elnökeiből és a Királyi Tanács tíz világi és egyházi tanácsosából állott, jelölte ki minden egyes ülésszak végén azon személyeket, akik a következő parlamentum tagjai lettek. Az így felállított listát a király megvizsgálta, s rendszerint nem változtatott semmit azon. Két évvel később Fülöp lehetővé tette a Parlament számára, hogy maga ajánljon jelöltet a megüresedett helyekre. VI. Károly 1389. február 5-i ordonnance-ában elrendelte, hogy csak azon személyek lehetnek a legfelsőbb bíróság tagjai, akiket a kancellár és a Parlament alkalmasnak tartott a tisztségre, s ez alapján az uralkodó kinevezett. Több jelölt esetében a Parlament választotta (*élire*) ki közülük a 3 legalkalmasabb személyt. Mivel egy posztra rendszerint több jelölt akadt, így a választás (*élection*) állandó szabállyá vált.

A XV. század elejétől fogva számos ordonnance megerősítette ezt a szokást, szabályozva a választás menetét. A kancellár elnökletevel összeült kamarák a Nagy Kamara termében együttes ülésükön megválasztották a jelöltek közül azt a három személyt, akik a legalkalmasabbak voltak a tisztség betöltésére, és megfelelő ismeretekkel valamint jó hírnévvel bírtak. Jelölt csak jogvégzett ember lehetett, s a jogi tanulmányokon

²⁵ A Parlament elnöki tisztségeinek betöltésével kapcsolatos eljárások változásairól számos példát említve részletesen ír AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 107–110. p.

túl megfelelő gyakorlattal (*stage*) is rendelkeznie kellett. Figyelemmel arra, hogy a legtöbb tanácsos korábban a Parlementben vagy a Chateletben volt ügyvéd (*avocat*), így teljes mértékben megfeleltek a fenti követelményeknek. A Parlement igyekezett olyan tanácsosokat választani, akik a királyság legkülönbözőbb régióiból jöttek, mivel a bíróság igyekezett joghatóságát a monarchia valamennyi területre kiterjeszteni, s így minél több olyan személyre volt szüksége, akik az eltérő tájegységek szokásait jól ismerték. A jelöltek levélben juttatták el pályázatukat a Parlementnek, amelyben természetesen megemlítették a tisztség betöltésére vonatkozóan kapott királyi és nagyúri ígéreteket is. Ezeket a leveleket a Parlement előtt felolvasták. A tanácsosi címet megpályázóknak le kellett mondaniuk minden tisztségükről, kivéve, ha megszerezték a király engedélyező levelét (*lettre de grace*). A jelöltek alkalmasságát és érdemeit a Nagy Kamara és a kancellár által kinevezett tanácsosoknak kellett előzetesen, és a lehető legrövidebb időn belül megvizsgálniuk. Véleményüket jelentés (*rapport*) formájában juttatták el a Parlementnek, aki ez alapján döntött a pályázók személyéről. A szavazás során a jelölt elhagyta a termet. Ha a kancellár nem volt jelen, feladatát egy elnök, általában az első elnök látta el. Neki adta át a jegyző a szavazás eredményét, s az ő jóváhagyására volt szükség a választás érvényességéhez. Szavazat-egyenlőség esetén a kancellár, illetve távollétében az első elnök szavazata döntött. A választás eredményét kihirdették. A bíróság által kiválasztott három jelölt közül ezt követően az uralkodó nevezte ki a neki tetszőt a tanácsosi tisztségre. A választás befejezése, az eredmény kihirdetése, a jelöltnak az uralkodó általi kinevezése után a kancellár utasította a jegyzőt, hogy foglalja írásba a fogadólevelet (*lettre de réception*). Ez az okiratot a király pecsétjével látták el. Az új tanácsost az első elnök fogadta és iktatta be (*recu et installé*) tisztségébe. Előtte tette le az esküt, melyben a Parlement szabályainak (*règlements du parlement*), a törvényeknek (*lois*), valamint az uralkodó parancsainak tiszteletben tartását fogadta meg. Fogadásának (*réception*) napján az új tanácsos meghatározott illetéket (*droits*) fizetett a Parlement kápolnájának fenntartására, melyet Szent-Miklós – a bírák védőszentje – tiszteletére emeltek.

A Nagy Kamara megüresedett tanácsosi helyére mindig a Vizsgálatok Kamarájának legidősebb mesterét választották. Ezen utóbbi kamarába és a Kérvények Kamarájába már külső személyeket is választhattak, akik rendszerint a Parlement jegyzői, ügyvédei vagy a Chatelet ügyvédei voltak.²⁶

A Parlement eskü letételével, melyben az új bíró kijelentette, hogy sem ő maga sem más az ő érdekében nem tett ígéretet vagy adott ajándékot senkinek a tisztség elnyerése érdekében, valamint szigorú bírságokkal és büntetésekkel igyekezett megakadályozni a tanácsosi tisztség megvásárolhatóságát (*vénalité*). A XV. században azonban az uralkodói kincstár kiürülése mintegy hivatalos és törvényes szintre emelte ezt a korábban annyira tiltott szokást, sőt az itáliai háborúk költségeinek egy részét is az így befolyt pénzüsszegekből fedezték.²⁷

A tanácsosi jogviszony megszűnésének leggyakoribb oka a parlamenti mester halála, vagy olyan tisztség elnyerése volt, mely összeférhetetlen volt a bírói hivatással – a Vizsgálatok Hoteljébe, vagy a Nagy Tanács tagjává történt kinevezés jelentette ezt az

²⁶ A parlamenti tanácsosi tisztség betöltésének szabályait, s azoknak a vizsgált időszak egy részében bekövetkezett változásait kimerítő részletességgel tárgyalja AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 48–63. p.

²⁷ A tisztségek megvásárolhatóságának fokozatos tényéréséről és annak okairól ír PARDESSUS (1851a): i. m. 175. p.

esetet legtöbbször. A XV. századtól kezdve azonban egyre inkább teret nyert a lemondás intézménye (*résignation*). A tanácsos, valamely méltányos (*honorable*) okból bejelentette a Parlementnek, hogy le kíván mondani tisztségéről, s megnevezte azt a személyt is, akit maga helyett szívesen látott volna a megüresedett státuszban. A legfelsőbb bíróság ezután vizsgálatot rendelt el a lemondás körülményeire vonatkozóan. "Ha a lemondás önkéntes (*volontaire*), minden megegyezéstől, vagy megállapodástól mentes (*libre de tout pacte ou convention*), őszinte (*honnête*), és a szabályoknak megfelelő (*conforme aux réglemens*) volt, s ha a kijelölt személyt alkalmasnak (*capable*) és méltónak (*digne*) ítélték, a Parlement szavazás nélkül elfogadta a lemondást",²⁸ s egyidejűleg döntött a jelölt személyéről. Ezt követően az uralkodó és a Nagy Tanács elé terjesztették a döntést, akiknek a jóváhagyására volt szükség a lemondás érvényességéhez. A lemondó beteg, idős, vagy más tisztséget elnyert tanácsos utódjául általában fiát, vejét, fiatalabb testvérét, vagy más rokonát, ritkán idegen személyt jelölt ki. Az így megnevezett személyre (*résignataire*) vonatkozóan, valamint a lemondás érvényességével kapcsolatban lefolytatott kedvező vizsgálat után szavazás nélkül a király hozzájárulásával a Parlement a jelöltet beiktatta tisztségébe. A lemondó tanácsos (*résignant*) a XV. század végétől kezdve gyakran élete végéig folyamatosan megkapta a korábbi illetménye egy részét, sőt gyakran annak teljes összegét. Mindezeket túl megillette az a jog, hogy a kijelölt személy tisztségének megüresedése esetén visszatérhetett a Parlementbe (*droit de retour*), elfoglalva korábbi posztját.

A tisztség megszűnésének okai közé tartozott még az idős kor, valamint az egészségi állapot olyan mértékű megromlása, mely megakadályozta a tanácsost feladatának megfelelő ellátásában. Az idős vagy beteg bírák általában lemondtak tisztségükről, s a Parlement, mint nyugdíjat (*pension de retrait*) biztosította számukra a korábbi illetményük egy részét.

A tanácsosi jogviszony megszüntetésének egyik legritkábban előforduló esete volt a tisztségre való méltatlanság miatti felmentés (*destitution pour indignité*). Itt említhetjük meg Guillaume Boisseau esetét, akit amiatt mozdítottak el tanácsosi tisztségéből, mert anyagi előnyök megszerzése végett vizsgálati titkokat fedett fel. Pierre Puy tanácsost börtönbe vetették, mert feleségét többször bántalmazta, s ezzel egyidejűleg tisztségéből is felmentette a Parlement.²⁹

A megválasztott és beiktatott tanácsost tisztségéből – a tisztségre való méltatlanság miatti felmentést kivéve – nem lehetett eltávolítani. A Parlement választási jogosultságának megerősödésével a bírák elmozdíthatatlanságának intézménye (*inamovibilité*) is megszilárdult, amit jól jelez az a tény, hogy a – felkelések időszakát és néhány uralkodó önkényes intézkedéseit kivéve – minden király trónra lépésekor megerősítette tisztségükben a Parlement tagjait. Természetesen a monarcha, mint minden igazságszolgáltatási jog forrása és birtokosa (*source de toute justice*), aki a Parlementnek átengedte ezen jogát, elvileg jogosult volt módosítani a kamarák összetételét, elmozdítani azok tagjait, ezért minden új trónutódláskor a bírák kérték a királyt, hogy erősítse meg (*confirmer*) őket tisztségükben. A kérelemnek az uralkodók szinte minden esetben eleget tettek, így az elmozdíthatatlanság a gyakorlatban a szokás ereje által fokozatosan szé-

²⁸ AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 64. p.

²⁹ A tisztségre való méltatlanság miatti felmentés számos példájáról ír AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 68. p.

les körben elfogadott normává vált – akárcsak a monarchia legtöbb jogintézménye – míg végül törvényben nyert formát.³⁰

A tanácsosoknak Párizsban kellett lakniuk, és részt kellett venniük minden tárgyaláson. A mesterek gyakran maguk hajtották végre a különleges jogi ismereteket igénylő, bonyolultabb ítéleteket. Sokszor vállalták el a választott bírói tisztséget, látták el a végrendeleti végrehajtók feladatait, vagy vették át a parlamenti bírság (*amende*) és végrehajtási költségek (*exploit*) főbehajtói (*receveur*) tisztségét. Azok a bírák, akiket az elnök megbízottnak jelölt ki az ülésszak végén, csak a törvénykezési szünetben láthatták el ezen feladatukat, s november 12-re, az ünnepélyes megnyitóról vissza kellett térniük Párizsba. A megbízások nagyon keresettek voltak, mivel külön illetmény járt ezen feladatok teljesítéséért. A honorárium nagyságát egy ordonnance határozta meg, s az adott esetben a Parlement állapította meg azok pontos mértékét. A többi tanácsos a normandiai Sakktábla, vagy a champagne-i Nagy Napok ülésein vett részt a törvénykezési szünetben. Akárcsak az utazóbírák Angliában, ők is számtalanszor vállaltak el vidéki küldetéseket, s szolgáltattak igazságot az apróbb falvakban, városokban. Az egyes bailliage-okban gyakran nevezték ki őket királyi reformátoroknak (*réformateurs royaux*), feladatukká téve az eddig büntetlenül maradt bűntettek (*crime*) és vétségek (*délit*) elkövetőinek felkutatását és megbüntetését.

A Parlement ülésein való részvétel mellett a tanácsosok fontos állami feladatokat is elláttak. Az uralkodó gyakran küldte követségbe őket más európai monarchák udvaraiába. Mindemellett, a Parlement engedélyével, városok, közösségek, egyes személyek érdekeit is képviselheték, melyekért megfelelő juttatást (*pension*) és ajándékokat (*cadeaux*) kaptak, kiegészítve így nem túl magas és főleg rendszertelen illetményüket. Ezen kiegészítő jövedelmekre szükségük is volt, hiszen kezdetben az igazságszolgáltatás ingyenes volt.

Az ülésszakok gyakoribbá válása, s így az ítélkezési és vizsgálati munka folyamatosná válása megkövetelte a tanácsosoktól, hogy idejük nagy részét ezen feladatoknak szenteljék. Természetesen ez a változás szükségessé tette a bírák számára egy állandó jövedelem biztosítását. 1254-ben IX. (Szent) Lajos kötelezte a feleket, hogy a per kezdetén a pertárgy értékének tizedrészét fizessék meg a Parleментnek, mely összeg az eljárás költségeinek fedezésére szolgált. A kiadások kiegyenlítése után fennmaradt összeg a bírákat illette meg, de egyikük sem kaphatott 10 sous-nál többet hetente.³¹ A XIII. század végén már az uralkodó fizette a Parleмент tagjait a bíróságon eltöltött napok száma alapján. Az összeg évenként és személyenként változó volt. V. Fülöp uralkodása óta a királyi kincstárnok (*le trésorier du roi*) feladata volt a tanácsosi illetmény (*gage*) kifizetése minden hónapban. A Parleмент által kiszabott bírságok (*amende*), és a végrehajtási költségeket fedező összegek (*exploit*) is gyakran a tanácsosi illetményeket növelték. V. Károly mindezek mellé a Parleмент rendelkezésére bocsátotta a Macon-i és a Toulouse-i sénéchaussée-k jövedelmeit. Gyakran a vámbevételek is a Parlementet gazdagították. A Parlement tagjai az átvett illetményről nyugtát (*quittance*) adtak, csakúgy, mint a részükre juttatott talárokról. A nyugtákat a Számvevő Kamarában (*Chambre de Compte*) feljegyezték. A rendes illetmény (*gage ordinaire*) – melyek közé tartozott az évente kapott két talár is (*manteau*) – mellett a

³⁰ Az elmozdíthatatlanság intézményének fokozatos kialakulását kíséri végig PARDESSUS (1851a): i. m. 174–175. p.

³¹ AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 125. p.

bírák rendkívüli illetményekben (*gage extraordinaire*) is részesültek. A harminc évi tanácsosi tisztség után kapott életjáradék (*gage á vie*) mellett néha az uralkodótól ajándékokat (*cadeau*) és jutalomnak (*gratification*) nevezhető juttatásokat is kaptak. A kiegészítő illetmények (*gages supplémentaires*) is a rendkívüli illetmények csoportjába tartoztak.

A Parlement kezdetben naponta kétszer ülésezett: reggel egész délig, majd vacsora után. A XIV. századtól ezen két ülést már mint egy munkanapot (*journée de travail*) vették figyelembe. 1454. május 7-i ordonnance óta valamennyi világi és egyházi tanácsos minden egyes vacsora uráni ülésért a rendes illetményeken felül kiegészítő illetményt kapott. A juttatások ilyen megnövekedése rákényszerítette VII. Károlyt, hogy a sóra kivetett vámból (*droit sur le sel*) is a Parlement kiadásait fedezze. A pernyertes felek füszernek (*épice*) nevezett természetbeni és pénzbeli ajándékokkal, melyeket a Parlement igyekezett szigorúan ellenőrizni, hálálták meg a kedvező döntéseket. A törvénykezési szünetekben a Parlement tanácsosai ítéleztek a Rouen-i Sakktábla (*Echiquier*) és a Troyes-i Nagy Napok (*Grands Jours*) tárgyalásain is, mely tevékenységükért, éppúgy, mint a megbízottakként lefolytatott vizsgálatokért, külön illetményt (*gage spécial*) kaptak. Azon megbízottak, akik a törvénykezési szünet alatt bíráskodtak is, ezen ülésekért naponta ugyanolyan mértékű illetményt kaptak, mint az ülésszak idején lefolytatott tárgyalásokért. A vizsgálatot foganatosító megbízottakat ellenben a felek fizették.³²

A parlamenti tanácsosi tisztség ugyan csak mérsékelt jövedelmet jelentett, s azt is igen bizonytalanul, azonban a vele járó kiváltságok (*privilèges*) igen keresetté tették ezt a hivatást. Valószínűleg a kezdetektől fogva, de a XIV. századtól már bizonyosan, a Parlement mentes volt az ellátásához szükséges élelmiszerek tekintetében mindenféle kereskedelmi vám (*droits de transport*) alól. VI. Károly felmentette a tanácsosokat a birtokaikról származó gyümölcsök értékesítése után kivetett adó (*droits pour la vente des fruits*) alól. 1381-ben a nem nemesekre kiszabott adó (*taille*) fizetése alól is felmentették őket. A sóadót (*gabelle*) sem voltak kötelesek megfizetni. A háborúk idején kivetett rendkívüli adók (úgynevezett segélyek = *subsides*) fizetése alól is felmentést kaptak. A tanácsosok mentesek voltak a ban és az arriére-ban (a király fegyveres szolgálata) alól, s nem kellett saját költségeikre fegyveres katonákat sem kiállítani akkor sem, ha az uralkodó hűbéri függése alatt lévő nemesi földdel (*nobles terres*), illetve hűbérrel (*fief*) rendelkeztek. Mindezen privilégiumokat az 1449. március 22-i ordonnance biztosította számukra. A legfelsőbb bíróság tagjai rendelkeztek a committimus kiváltságával is. Ezen jog alapján ügyüket közvetlenül a Parlement Kérvények Kamarája, vagy a Kérvények Hotelje elé terjeszthették anélkül, hogy meg kellett volna fizetniük a pecsét-illetéket (*droit de sceau*). Felmentést kaptak a tized (*dime*) beszolgáltatása alól is.

Az 1467. júniusi ordonnance-ában XI. Lajos ugyanakkor kötelezte a törvény embereit (*gens de loi*), hogy vegyenek részt a Párizs védelme érdekében felállított városi rendészet (*la milice urbaine*) munkájában. Létrehoztak ezért egy csapatot, melynek a Parlement tanácsosai, az ügyvédek, a prokurátorok, a Kérvények Hoteljének mesterei, a Kincstár mesterei (*maitres du trésor*), az írnokok és a királyi titkárok (*secrétaires royaux*) voltak a tagjai, s a Parlement elnökeinek parancsoksága alatt látták el felada-

³² A megbízások teljesítésével kapcsolatos juttatásokról részletes anyagot találhatunk LANGLOIS, CHARLES V. (1888): i. m. n. CXXVI.

tukat. A kritikus időszakokban a bíróság habozás nélkül nyújtott segítséget az uralkodónak megfelelő pénzbeli segílyt juttatva számára, vagy saját tagjai közül állítva fel fegyveres alakulatokat, illetve elvállalva ilyen csapattestek pénzbeli támogatását. Párizs városának is nyújtott kölcsönt pénzügyi nehézségek és természeti csapások esetén. A bíróságok egy részét is a Parlement karitatív célokra használta fel. Gyakran nyújtott pénzügyi segítséget egy beteg prokurátornak, vagy más parlamenti tisztviselőnek, esetleg valamely kívülálló szerencsétlen sorsú személynek.

A Parlement tagjai a király védelme (*la sauvegarde du roi*) alatt álltak. A bíróságnak volt elég tekintélye és hatalma ahhoz, hogy megvédje ezen kiváltságokat, és megbüntessen mindenkit, legyen az akár püspök, aki megsértette a tagjait megillető kötelező tiszteletet, amely kijárt minden tisztségviselőjének a teremőrtől kezdve az első elnökig.

5. A főügyész (*procureur général*) és a XIV. századtól helyettesei, a két királyi ügyvéd (*avocat du roi*) az uralkodó érdekeit képviselték a Parlementben.³³ Kezdetben a király nevezte ki őket, később V. Károly uralkodásától kezdődően a Parlement választotta meg ezen tisztségviselőket is. A Legfelsőbb Bíróság előtt tették le esküjüket, és ő iktatta be hivatalukba a király embereit. A király ügyvédei felett a főügyész gyakorolt hatalmat. Az egyik ügyvéd mindig egyházi személy volt, és a polgári ügyekkel foglalkozott, míg a világi személy a büntető ügyekben képviselte az uralkodó érdekeit. Az egyházi személyt nevezték az első ügyvédnek (*premier avocat*). A király embereinek legfontosabb feladata a korona jogainak védelme volt, s ők örkölték az uralkodói birtokok (*domaine royal*) egysége felett is. A királyi jogosultságok és birtokok elidegenítésekor gyakran még az uralkodóhoz is tiltakozást intéztek (*remontrance*), s szembehelezkedtek az adománylevelek parlamenti beiktatásával is. A királyi főügyész beleegyezésére volt szükség a kiváltságok (*privilèges*) és a mentességek (*exemptions*) magán-személyek részére történő adományozása esetén az oklevelek parlamenti beiktatásához. Az egyházi javadalmak (*bénéfices*) juttatása és a regáléjogok gyakorlásának uralkodói átengedése esetén is a Parlement kikérte a főügyész véleményét. Ő felügyelte a hűbérurak közötti birtokcseréket és a hűbéri javadalmak elidegenítését is. A királyi főügyész ellenőrizte azt is, hogy a nagyobb hűbérurak, a pairek és más nemesek csak olyan címeket viselhessenek és olyan jogokat gyakorolhassanak, amelyek megillették őket, s melyeket megfelelően bizonyítani is tudtak. Megvizsgálta, hogy egyes hűbérurak miért csak saját bíróságaik előtt indítottak pereket és miért nem a Parlement előtt, hiszen így a legfelsőbb bíróság jogszolgáltató hatalma alól kivonva magukat jelentős önállóságra tehettek volna szert. Az uralkodó érdekeinek védelmét szolgálta az a jogosultsága is, melynek alapján a király köteles volt a főügyésszel egyeztetni minden egyes új magas igazságszolgáltató joggal rendelkező hűbéri bíróság (*haute cour seigneuriale*) létesítésének engedélyezése előtt. Megvizsgált minden egyes okiratot, mely az egyetemek alapításával és működésével, illetőleg a kereskedelemmel volt kapcsolatos. Jelentős volt a kereskedők felett gyakorolt felügyeleti jogosultsága is. A párizsi prévot mellett a főügyésznek is fontos szerep jutott a főváros rendszetének megszervezésében, működtetésében. A főügyész a politikába is igyekezett közvetlenül beavatkozni akkor, mikor

³³ Az ügyészi tisztség parlamenti megjelenéséről ír PARDESSUS (1851a): i. m. 192. p. valamint E. BOUTARIC (1863b): i. m. 218. p.

egyed, a király által kötött békeszerződéseket (*traités de paix*) is megvizsgált, s néha vitatta azok egy-egy rendelkezését is.

Az igazságszolgáltatás területén a főügyész és a két királyi ügyvéd, azaz a király emberei (*les gens du roi*) ellenőrizték a megbízotti nyomozások eredményeit, s azok hiányossága esetén ők küldték vissza az iratokat kiegészítő vizsgálat céljából a megbízottaknak. Megvizsgálták a kegyelmi leveleket (*lettres de grace*), a büntetést enyhítő okiratokat (*lettres de rémission*). Megtámadták a bírósági árveréseket (*vente judiciaire*) és foglalásokat (*saisie*), ha azok nem biztosították kellően a királyi igények kielégítését. Az elítéltet csak a királyi főügyész engedélyével lehetett feltételelesen vagy véglegesen szabadlábra helyezni. Fellebbezési jog illette meg abban az esetben, ha a kiszabott büntetést vagy pénzbírságot túlságosan enyhének találta.³⁴

Az oklevelek és az ordonnance-ok is meggyőzően bizonyítják, hogy már a XIV. század kezdetétől fogva a bűnelkövetők hivatalból való üldözése a főügyész egyik legfontosabb feladatává vált.³⁵ Gyakran vett át olyan ügyeket, melyekben a nyomozást egy bailli kezdte meg. A királyi főügyész indított eljárást felségárulás (*haut trahison*), fellejtés (*lèse majesté*) esetén, valamint a hatalmukkal visszaélő (*abus du pouvoir*) királyi tisztviselők ellen is.³⁶ Nemcsak a korona hivatalnokainak a tevékenységét, kinevezésüket ellenőrizte, hanem a királyi előjogok és a gallikán egyház szabadságainak védelme érdekében felügyelte az egyházi bíróságok munkáját is. Az egyházi törvényszékek döntéseivel szemben is jogorvoslattal élhetett, ha az eljárás során visszaélés (*abus*) gyanúja merült fel.

A főügyész polgári pert is indíthatott, és abban mint peres fél (*partie principale*) önállóan eljárhatott, sőt beavatkoziként (*partie jointe*) is perbe léphetett. Az uralkodó jogainak védelme mellett gyakran képviselte a bíróságok előtt a kiskorúak és a cselekvőképtelen személyek érdekeit. Ellenőrizte a parlamenti szabályzatok és az ordonnance-ok rendelkezéseinek betartását is. Felügyelte a teremőrök és más parlamenti tisztviselők munkáját.³⁷

6. Az ügyvédek (*les avocats*) is a Parlement tagjainak számítottak, miáltal rájuk is kiterjedt a testület fegyelmező (*pouvoir disciplinaire*) és szabályozó hatalma (*pouvoir réglementaire*).³⁸ A legfelsőbb bíróság ügyvédekének hivataluk elfoglalása előtt az 1274. évi ordonnance szerinti esküt kellett tenniük, és fel kellett iratkozniuk a listára (*le rôle*). Eskü alatt vállalták, hogy feladataikat hűen teljesítik, csak igaz ügyért szállnak perbe, értesítik a Parlementet, ha az ügy az uralkodót is érinti, a cikkeket (*article*) a lehető legrövidebb határidőn belül elkészítik, nem húzzák el szándékosan a pereket, s nem kérnek 30 livre tournois-nál többet honoráriumként. Megfogadták, hogy időben jelennek meg az üléseken, valamint hogy többen egyszerre nem szólalnak fel. A listára feliratkozás feltételeként megkövetelték, hogy az ügyvédjelölt 16. életévét betöltött

³⁴ A királyi főügyész által a kiszabott büntetés súlyosbítása érdekében előterjesztett fellebbezéseknek számos esetét sorolja fel E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 4515, 4516, 6193, 7890., valamint CH. V. LANGLOIS (1888): i. m. n X 6 f.143, X 9 f.441,442, X 6f. 13.

³⁵ E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 4561.

³⁶ Számos olyan esetre hoz fel példát, melyben az említetteknek kívül is a főügyész indított hivatalból eljárást a bűncselekmény körülményeinek felderítése és az elkövetők elfogása érdekében E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 4798, 5587, 5593, 6635, 7536, 7910.

³⁷ A főügyész felügyeleti jogköre kapcsán említ néhány esetet E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 7732, 4840.

³⁸ A párizsi Parlement előtt jogi képvisellett ügyvédek történetéről kimerítő részletességgel és igen alaposan ír R. DELACHENAL: *Histoire des avocats au Parlement de Paris*. Paris, H. Plon, 1885.

személy legyen, s nem lehetett se cselekvőképtelen (*incapable*), se méltatlan (*indigne*). Méltatlan személynek azt tekintették, aki rokkant (*infirme*), kiátkozott (*excommunié*), becstelen (*infâme*) volt, vagy esetleg bírói (*magistrat*), írnoki vagy poroszlói tisztséget töltött be. Mindezekon felül kánonjogi vagy magánjogi ismereteket bizonyító diplomával kellett rendelkezniük. Természetesen csak jó erkölcsű (*bonnes moeurs*), és katolikus hitet valló személy lehetett ügyvéd. A listára való felvétel véglegessé csak a gyakorlat (*stage*) letöltése után vált. A joggyakorlat időtartamát azonban nem határozták meg.

A püspökök, apátok, a hatalmas hűbérurak, az egyetemek, a városok a legkiválóbb parlamenti ügyvédek bízta meg illetmény (*pension*) ellenében érdekeik képviselésével. Számos ügyvéd éves fizetés (*salaire annuel*) és ajándékok (*cadeaux*) fejében látta el ezen személyek és közösségek perbeli képviselését, anélkül, hogy minden egyes új eljáráshoz új meghatalmazást (*mandat*) kellett volna kérnie. A tartományoknak is saját ügyvédjük volt a Parlamentben. Gyakran adódott azonban, hogy a fél egyetlen ügyvédet sem ismert, vagy nem tudott egyezsége jutni a választott ügyvéddel. Ekkor felkérte a Parlamentet a tanácsi kijelölésre (*distribution de conseil*). A tanácsi kijelölés, mely lényegesen különbözött a pártfogó ügyvéd (*assistance judiciaire*) intézményétől, alapján a Parlament hivatalból nevezett ki ügyvédek az egyik, esetleg mindkét fél érdekeinek képviselésére az adott perben. Általában a fontosabb és vagyonosabb személyek vették igénybe ezt a segítséget. A Parlament, kijelölve az ügyvédek, gondosan ügyelt arra, hogy lehetőleg azonos képességű jogi képviselő járjon el mindkét fél érdekében. Az ügyvéd, mielőtt elvállalta volna a király valamely ellenségének perbeli képviselését, mindig engedélyt kért arra az uralkodótól.

A tárgyalásokon való felszólalásokon és perbeszédeken (*plaidoire*) kívül az ügyvédek készítették el az ügy iratait: a kereseteket (*demande*), a védekezéseket (*défense*), a válaszokat (*réplique*), az ellentmondásokat (*contredit*) és a kimentéseket (*salvation*). Ők szerkesztették meg a vizsgálatokra fenntartott cikkeket (*article*) is.³⁹ Az ügyvédi szólásszabadság (*la liberté de la parole*) a Parlamentben majdnem teljes volt. Az ügyvéd saját hűbérurával szemben is perelhetett, s tarthatott perbeszédet, kivéve, ha az a hűbérúr becsületét (*honneur*) vagy a hűbéri birtokát (*fief*) érintette, hiszen ezen esetekben magát a hűbéri rendet érte volna támadás. A királyt, a királyi embereket, a Parlamentet sértő felszólalás esetén azonban az ügyvédet felelősségre lehetett vonni: az uralkodó megfoszthatta tisztségétől, a Parlament bírsággal vagy börtönnel sújthatta. A képviselt felet is megbüntették ilyenkor, ha nyilvánosan nem határolódott el ügyvédje szavaitól. Ha a védő megbízója érdekével ellentétesen járt el bírságot vagy kártérítést volt köteles fizetni, sőt a Parlament tisztétől is megfoszthatta.

A perbeszédnek mindig francia nyelven zajlottak. A saját maguk képviselésére engedélyt szerzett egyházi személyek kivételesen latinul is felszólalhattak. Amikor külföldi uralkodók, vagy követek voltak jelen a Parlament ülésein – mint az történt 1502. február 14-én, mikor is Magyarország követei vettek részt egy tárgyaláson – akkor az ügyvédek latinul tartották perbeszédeiket.⁴⁰ A legfelsőbb bíróság előtt pert indító külföldiek kötelesek voltak perköltség-biztosítékot (*caution judicatum solvi*) adni. Ezt a gyakorlatot igyekezett 1265-ben, majd később 1385-ben megszüntetni a Parlament. "Valószínű azonban, hogy ezen biztosíték adására továbbra is kötelesek voltak azok a

³⁹ Az ügyvédeknek erről a munkájáról bővebben ír R. DELACHENAL: i. m., 102., 103., 105. p.

⁴⁰ Az esetet idézi R. DELACHENAL: i. m. 235. p.

külföldiek, akik nem rendelkeztek semmilyen vagyonnal a Francia Királyság területén.”⁴¹

A perbeli feladatokon túl az ügyvédek gyakran kezelték a letétbe (*séquestre*) helyezett pertárgyakat, vagy látták el egy ifjú hűbérúr gondnokságát (*la curatelle*).

Az ügyvédeket, mint a Parlement tagjait, megillette a *committimus* kiváltsága, és mentesek voltak a nem nemesekre kiszabott adó (*taille*) alól is. Az ügyvédek is a király oltalma (*sauvegarde du roi*) alatt állottak. "Ezen védelemre gyakran szükségük is volt, főleg a XIV. század kezdetén, amikor számtalanszor megfenyegették, sőt meg is verték őket.”⁴² A Parlement szigorúan megbüntette az ilyen galádságokat elkövető peres feleket, súlyos bírságokat, néha börtönbüntetést szabva ki rájuk.

7. A *prokurátorok* (*les procureurs*) a távollevő feleket képviselték a Parlement tárgyalásain. A szóbeli és formalitásokhoz ragaszkodó középkori peres eljárás kezdetben nem fogadta el a perbeli képviseletet. A XIII. századtól kezdve egyre több kivételt ismert ez a szabály. „A nemesek, az egyházi személyek és a nők meghatalmazott (*mandataire*) által is képviseltethették magukat, ha alperesként vettek részt a perben.”⁴³ Felperesi helyzetben csak egy uralkodói engedélyező levél (*lettre de grace*) birtokában fogadhattak prokurátort. Ezen királyi oklevél nélkül is képviseltethették magukat az egyházi személyek és azok, akik az uralkodó vagy a királyság szolgálatában állottak. Ez utóbbiak közé tartoztak a gyámok (*tuteur*), gondnokok (*curateur*) és a végrendeleti végrehajtók (*exécuteur testamentaire*). Az engedélyező leveleket a Kérvények Kamarája írnokai állították ki, s a kancellárián kellett ezért egy meghatározott összeget a képviselt feleknek befizetni. A szegény felek számára a Parlement hivatalból rendelt ki prokurátort (*procurateur d'office*), s mentesítette őket az engedélyező levelek kérelmezése alól is. A XIV. század közepén elterjedtek azon engedélyező levelek, melyek lehetővé tették egy személy képviseletének ellátását, akár alperes volt, akár felperes, a fél valamennyi perében és a királyság valamennyi bírósága előtt. Ezeket az okiratokat általános engedélyező leveleknek (*lettre de grâce générale*) nevezték. Az engedély egy évig, vagy legalább a Parlement egy ülésszakáig volt érvényes. A prokurátornak a bíróság előtt fel kellett mutatnia az engedélyező levelet, és a meghatalmazását (*mandat*), amit képviselő-levélnak (*lettre de procuration*) is neveztek.”⁴⁴

A prokurátorok feladatai és jogai az ügyvédekéhez voltak hasonlóak, így erre nem kívánok most részletesebben kitérni. A felek az ügyvédek mellett is gyakran meghatalmaztak prokurátorokat, akik sokszor, jogvégzett emberek lévén, az ügyvédek helyett végeztek el a beadványok, keresetek megszerkesztését. A prokurátorokat is megillették az ügyvédek mentességei, köztük a *committimus* joga is. A Parlement hasonló hatalmat gyakorolt felettük is, s ugyanolyan szigorral büntette meg az ellenük fellépőket.”⁴⁵

⁴¹ E. BOUTARIC (1863a): i. m. n. 928.

⁴² AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 242. p.

⁴³ AUBERT, FÉLIX: i. m. 249. p.

⁴⁴ Az engedélyező levelek gyakorlatával kapcsolatosan hoz fel példákat C. V. LANGLOIS (1888): i. m. n CII., CVII.

⁴⁵ Az ügyvédeknek és a prokurátoroknak a középkori francia társadalomban és a jogászságon belül elfoglalt helyéről bővebben: BÓNIS GYÖRGY: *A jogtudó értelmiség a középkori Nyugat- és Közép-Európában*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1972., 98–110. p.

8. A jegyzők (*greffiers*) feladata a Parlement ülésein a jegyzőkönyvek vezetése, a tanácsosok munkájának segítése volt.⁴⁶ Vezetőjük a polgári jegyző (*greffier civil*) volt, aki a jegyzői iroda (*greffe*) tevékenysége után fizetendő illetékeket (*droits*) szedte be, s ő vette át az uralkodótól és osztotta szét a jegyzők között az illetményüket is. A Kérvények Kamarájának és a Vizsgálatok Kamarájának munkáját is egy-egy jegyző segítette. Külön jegyző járt el az uralkodócsalád ügyeiben (*causes de sang*). A megjelenések jegyzője (*greffier des présentations*) szerkesztette meg a megjelenések listáját (*role des presentation*), azaz rögzítette a tárgyalásra kerülő ügyek sorrendjét, ami lényegében a pereknek a tárgyalásra kitűzését jelentette.

Valamennyi jegyző legfontosabb feladata annak ellenőrzése volt, hogy a felek betartják-e a listán meghatározott sorrendet. Ők szerkesztették a bírósági okiratokat. Az eljárási iratokról, az áttételt elrendelő végzésekről és egyéb határozatokról ők készítettek el a másolatokat. A jegyzők feladata volt az ítéletek és egyéb hivatalos iratok eredeti példányainak (*minute*) megőrzése is. A tanácsosok csak az elnökök kifejezett engedélye alapján tekinthették meg az irodán őrzött periratokat. A jegyzők kezelték a bírói letétbe helyezett tárgyakat, értékeket is. A jegyzők értékesítették a pervesztes féltől lefoglalt dolgokat is. Ők készítették el a tisztségviselők megválasztásakor tartott szavazások (*scrutin*) esetén a résztvevők névjegyzékét, és ők rögzítették az eredményt is. A magánjogi jegyző a letétbe helyezett dolgok listáján (*registre des dépôts*) felül elkészítette az egyes perek valamennyi vizsgálati eredményének (*information*), bizonyítási eszközének (*production*) felsorolását tartalmazó listát, melyen feltüntette az azokat átadó személyek nevét, az átadás időpontját, és az irodára beérkezés időpontját is. A magánjogi jegyző írta alá az ítéletek végrehajtását elrendelő leveleket (*les exécutoires des arrêts*). A magánjogi jegyző szerkesztette meg azon okiratokat is, melyek lehetővé tették a végrendeleti végrehajtó számára, hogy elkészítse a hagyatéki leltárt (*inventaire*). Összefoglalva: ő volt az, aki a Parlement nevében kiállította a hivatalos iratokat. Ezeket felolvasta a legfelsőbb bíróságnak, vagy az első elnöknek, akik szükség esetén módosíthatták azokat. A változtatás joga megillette az uralkodót és a kancellárt is. Az idegen hatalmakkal kötött békeszerződéseket (*traité de paix*) is a magánjogi jegyző iktatta be, és ő adhatott azokról a Parlement engedélyével és saját kézjeggyel ellátott másolatokat, melyeket még a kancellárián le kellett pecsételtetni.

A parlamenti jegyzőket kezdetben a királyi írnokok közül nevezte ki az uralkodó, később, a XIV. századtól a legfelsőbb bíróság általi választásuk vált elfogadottá.

9. A négy írnok (*notaire*) kinevezése kezdetben a kancellár hatáskörébe tartozott, később az uralkodó magának tartotta fenn ezt a jogot. V. Károly, aki minden területen a választási eljárást támogatta, 1373-ban a Parlementre bízta a négy írnok kinevezését. VI. Károly uralkodása után a jelölési (*présentation*) és választási (*élection*) eljárás állandósult. A Parlement először is megvizsgálta a jelölt latin és francia nyelvtudását. Gyakran azonban elfogadva a jelölt alkalmasságát bizonyító kancellári igazolást mellőzte a vizsgálat lefolytatását. A választás csak azután vált érvényessé, miután az uralkodó jóváhagyta azt. Az írnokok a jegyzőkhöz hasonlóan a Parlement előtt tették le a hivatali esküjüket (*serment*). Feladatuk az utóbbiak munkájának segítése volt. Megfogalmazták a megbízóleveleket (*lettre de mandement*), a kamarák előtt tett nyilatkoza-

⁴⁶ A jegyzők és az írnokok parlamenti feladatairól, ezen tisztség kialakulásáról és a törvényszéki irodáról részletesen ír GRÜN: *Notices sur les archives du Parlement*. Paris, Alphonse Picard, 1893.

tokat írásba foglalták, egybevetették az eredeti iratok és másolatok tartalmát. Ellenőrizték, hogy a vizsgálat során összegyűjtött bizonyítási eszközöket befogadó zsákok (*sac*) a rájuk erősített listának megfelelő tárgyakat és iratokat tartalmazzák-e. 1321. február 21-i ordonnance kötelezte őket, hogy kézjegyükkel lássák el az általuk kiállított iratokat. Az 1344. évi ordonnance megvonta tőlük az ítéletek megszerkesztésének jogát. A XIV. század elejétől kezdve ők fogalmazták meg az igazságszolgáltató leveleket (*lettre de justice*). Részt vehettek a tanácsüléseken (*conseil*), az ítélethozatalokon (*jugement*), s válaszoltak a kérvényekre. Számos esetben a királyi írnokok látták el a bírságok beszedőinek (*receveur des amendes*) feladatait a Parlementben. Gyakran ők hajtották végre az ítéleteket is. A végrendeleti végrehajtó feladatait is ellátták több alkalommal, elkészítve a hagyaték tárgyait tartalmazó leltárt (*inventaire*). Ők vették át a letétbe helyezett dolgokat (*dépot*), és készítettek azokról a részletes jelentést (*rapport*). Gyakran az akadályozott tanácsosok helyett ők folytatták le a vizsgálatokat. Megtörtént, hogy a távollévő teremőrök feladatait is ők látták el. A parlamenti írnokok ugyanazon kiváltságokat élvezték, hasonlóan a jegyzőkhöz, mint a király írnokai. Az élmezőnyhöz szükséges termékek mentesek voltak az útvámok (*droits de péage*), és a hajóvámok (*droits de passage*) alól. Nem voltak kötelesek megfizetni a hadkiállítási adót (*taille levée*). "Hasonló tiszteletet élveztek, mint a Parlement tagjai. Jean Griffard párizsi polgárt súlyos pénzbírsággal sújtották, mert megsértette Jean de Besancon írnokot."⁴⁷

10. A tizenkét teremőr (*huissiers*) feladata a bírósági idézések kézbesítése, a parlamenti ítéletek és határozatok végrehajtása volt. A vizsgálati anyagokat ők vették át a megbízottaktól, s a bírói letétbe helyezett tárgyakat is ők adták át a jegyzőknek vagy az írnokoknak. Az idézések kézbesítése során a királyság egész területén eljárhattak (*instrumenter*), de a magas bíráskodási joggal rendelkező hűbérurak (*seigneurs hauts justiciers*) földbirtokain csak a hűbérurak egy tisztjének (*sergent*) kíséretében intézkedhettek. Az ítéletben elrendelt pénzbírság vagy perköltség megfizetését megtagadó felek javait lefoglalhatták (*saisir*). A teremőröket az eljárásra feljogosító megbízás (*mandement*) mellé az uralkodó még egy parancsot (*ordre*) is csatolt, felszólítva a királyság valamennyi tisztviselőjét, hogy szükség esetén fegyveres segítséget (*préter main forte au besoin*) is nyújtsanak a teremőrnek. A teremőrök felügyelték a Parlement által elrendelt árverések törvényességét is. Ők kísérték a Palota börtönébe (*Conciergerie du Palais*) a foglyokat, és ők helyezték szabadlábra a rabokat.⁴⁸

Az 1360. január 27-i ordonnance részletesen is meghatározta a teremőrök feladatait. A Parlementben kéthavonta hat-hat teremőr váltotta egymást. Vigyáztak a tárgyalások rendjére, szükség esetén börtönbe vetve a rendzavarókat. Vezetőjük, az első teremőr (*premier huissier*) szedte be a tárgyalásokra későn érkező ügyvédektől a Parlement által kirótt pénzbírságot. Ő szólította a lista (*role*) sorrendjének megfelelően az egyes ügyek résztvevőit a tárgyalóterembe. Az első teremőr vette át a rangosabb, hatalmasabb felektől a teremőrök részére adott ajándékokat, és ő osztotta azt szét közöttük érdemeik szerint. A teremőrök feladata volt a termék fűtése, a világítás biztosítása, a kárpitok, szőnyegek rendben tartása és a takarítás megszervezése. A teremőröket az uralkodó nevezte ki, de fegyelmi jogkört felettük a Parlement gyakorolt. A felsőbírósg biztosí-

⁴⁷ Az esetről beszámol AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 294. p.

⁴⁸ Több esetet is említ E. BOUTARIC (1863a): i. m. n. 6837–6840

totta számukra a tagjait megillető kiváltságokat is, és személyes védelmükre is nagy hangsúlyt fektetett.

III. A Parlement igazságszolgáltató jogköre

Az egyes kamarák ismertetésénél említett széleskörű igazságszolgáltatási jogkör elméleti alátámasztására és további kiterjesztésére a királyi jogtudósok számos teóriát dolgoztak ki.

A megelőzés (*prévention*) elmélete alapját az az igény jelentette, hogy minden, akár a közrend (*ordre publique*), akár a tulajdon, akár az élet és testi épség ellen elkövetett bármilyen súlyú bűncselekményt a legrövidebb időn belül fel kell deríteni, a bizonyítékokat össze kell gyűjteni, és szigorú ítélet által meg kell büntetni. Az elmélet alapján a királyi ítélőszékek – legfőképpen a Parlement – valamennyi bíróságot megelőzve foglalkozhattak bármely alattvaló bármely ügyével. Igaz, a feleknek jogában állt saját hűbéruruk bírósága előtt pert indítani. Abban az esetben azonban, ha a Parlement fóruma elé idézte a feleket, s azok ott felszólaltak, s az alperes is kifejtette védekezését, azaz tagadta vagy elismerte a keresetet, ezután nem kérhették ügyük áttételét más bírósághoz, s a pert a Parlement előtt kellett befejezni.⁴⁹

A királyi ügyek (*cas royaux*) elméletének alapját az uralkodónak az egész országra kiterjedő igazságszolgáltató hatalma jelentette. A francia király – mint legfőbb bíró – eszerint joggal kívánta megismerni a monarchia valamennyi olyan ügyét, amely őt érintette (*qui le touquent=qui le touchent*). Ezen eseteket nevezték királyi ügyeknek, melyek körét soha nem határozták meg pontosan, így számuk folyamatosan nőtt. Királyi ügynek tekintették a magas felségárulást (*haut trahison*), a felségsértést (*lese-majesté*), az uralkodó tisztviselői elleni lázadást (*rébellion*), vagy a velük szembeni erőszakot (*insulte*), a közbiztonság veszélyeztetését (*sécurité publique*), és a pénzhamisítást (*la fabrication de la fausse monnaie*). Bouteiller is igyekezett meghatározni a királyi esetek körét, tovább növelve számukat. Ide sorolta az addig kizárólag az egyházi bíraskodás hatáskörébe tartozó végrendeleti (*testament*), özvegyi jogi (*douaire*) és özvegyekkel (*veuve*) kapcsolatos vitákat. Ide tartozóként említi a királyi pecsétek megamisítását, a hajózható folyókban való halászattal kapcsolatos pereket, mivel ezek a folyók uralkodói folyóknak (*rivières royales*) számítottak. Királyi ügynek tekintette még a királyi erdőkkel (*bois et forêts royaux*) kapcsolatos, és az uzorára (*usure*), valamint a regálékra vonatkozó pereket. Királyi ügyként sorolja fel az uralkodó oltalma alá tartozók pereit: valamennyi hivatalnok, pénzverő (*monnayer*), valamint ezen személyek családja, a katedrálisok papsága, és a királyi alapítású templomok, valamint mindazok, akik tőlük függenek. Kizárólag a királyi bíróságok hatáskörébe tartozónak tekintette az árvák, a szegények (*pauvres*), a közkereskedők (*marchand publique*) és az Egyetemtől (*Université*) függő személyek pereit.⁵⁰ Az uralkodó a királyi ügyeknek minősülő eseteken túl is bármely jogvitát saját bírói fóruma, illetve a Parlement elé vonhatott, és abban döntést hozhatott.

⁴⁹ A fenti gyakorlatra is részletesen kitér PARDESSUS (1851a): i. m. 317. p.

⁵⁰ A középkori francia jogtudósoknak a királyi esetekkel kapcsolatos elméleteiről igen nagy alapossággal ír AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 8–19. p.

A *committimus* kiváltsága is szorosan kapcsolódott a királyi esetekhez. Ez a privilégium a királyi hivatalnokokat és az uralkodó oltalma alatt álló személyeket és közösségeket illette meg. A *committimus*-szal rendelkező fél személyállapoti és birtokpereit közvetlenül (*omisso medio*) a Kérvények Kamarája elé terjeszthette. A többi bíróság is köteles volt azonnal áttenni a pert a Parlementhez, ha megállapították, hogy valamelyik felet megilleti ez a kiváltság. A királyok ezt a privilégiumot mindig igyekeztek korlátozni a rengeteg visszaélés miatt. Az 1413. május 25-én kihirdetett híres *caboché*-i *ordonnance* 218. cikkelye is kimondta: "Csak azon tisztviselők rendelkeznek a *committimus* kiváltságával, akik a királyt Párizsban szolgálják, azaz olyan személyek, akik nem tudnak közfunkcióik felhagyása nélkül messzebbre menni pereskedni."⁵¹

A Parlement leggyakrabban a hűbér létrehozása (*création des fiefs*), az elidegenítési jog (*droit de transmission*), az osztály módjai (*mode de partage*) kapcsán kiobbant vitákban járt el. A legfelsőbb bíróság ítélkezett a hűbéri jellegű vétségek (*délit*) és büntettek (*crime*) ügyében, melyek leggyakoribb büntetése, akárcsak a hűbéri kötelezettségek megszegésének (*la violation des obligations*), a hűbérbirtok elvesztése (*la perte du fief*) volt. A Parlement járt el a bérleti jogviszonnyal (*bail*) kapcsolatos perekben is. A hűbéri esküvel (*l'hommage*), a nemesi minőség megállapításával kapcsolatos vizsgálatok is ezen intézmény hatáskörébe tartoztak.⁵² „A Parlement szabályozta a hűbérúri jogok (*droits seigneuriaux*) gyakorlását is: a legeltetés jogát (*droit de pacage*), a kemence banalitást (*banalité de four*), a használati jogokat (*usage*), a harmadot (*tiers*), a veszélyjogot (*danger*), a pallosjogot (*droit de justice*), az éjszakai őrség kötelezettségét (*guet*), a bérleti díjak megfizetését (*paiement des redevances*), fegyveres kiállítási adót (*levée de taille*), a holtkézi szabályokat (*main-morte*), a *formariage* után járó juttatásokat, a halászáti, vadászati jogokat (*affranchissement de chasse et de pêche*) és a szolgák felszabadításával (*affranchissement des serfs*) kapcsolatos kérdéseket.”⁵³ A Parlement döntött a hadifoglyok (*prisonniers des guerres*) fogságba ejtésével (*capture*) és a kiszabott váltságdíjakkal (*rancon*) kapcsolatban kiobbant vitákban is. A kancellár – tisztsége politikai jellegének növekedésével – a Parlementnek engedte át a pecsétek hitelessége megállapításának jogát.

Az egyház igazságszolgáltató hatalmának visszaszorítása érdekében a királyi jogtudósok kidolgozták a visszaélés miatti fellebbezés (*appel d'abus*) és a kiváltságos ügyek (*cas privilégiés*) elméletét.⁵⁴ Visszaélés címen a felek közvetlenül a Parlementhez fellebbezhettek az egyházi bíróságok ítéletei ellen. A kiváltságos esetek elméletét felhasználva a jogtudósok tagadták az egyházi bíróságok ítélkezési jogkörét a súlyosabb bűncselekmények (*cas graves*) tekintetében. Ide tartozott a felségsértés (*lèse-majesté*), a pénzhamisítás (*la fabrication de la fausse monnaie*), a királyi levelek, pecsétek meghamisítása (*falsification des sceaux et des lettres royaux*), az uralkodói oltalom megsértése (*violation du sauvegarde du roi*), azaz gyakorlatilag a legfontosabb királyi esetnek számító vétségek és büntettek.

⁵¹ C. V. LANGLOIS (1888): i. m. n CVII.

⁵² A nemesi minőség megállapításával kapcsolatos néhány esetet ír le E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 2547, 4137.

⁵³ Számos pert említ E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 2625, 98, 1086, 1223, 1382.

⁵⁴ Az egyházi igazságszolgáltatás és a világi törvénykezés vetélkedését, az egyházi bíróságok hatáskörének fokozatos csökkenését követi végig AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 110–136. p.

A Parlement ugyanakkor védelemben is részesítette az egyházi személyeket a királyi tisztviselők túlkapásaival szemben. A legfelsőbb bíróság ellenőrizte a regálék – gyakran főpapi – kedvezményezettjeit is. A Parlement döntötte el az érseki és az apátsági bíróságok között felmerült vitákat, akárcsak az egyházi és a világi bíróságok hatásköri összeütközéseit. A legfelsőbb bíróság foglalkozott a templomok és az apátságok igazgatásával kapcsolatban felmerült vitákkal, és felügyelte a templomi vagyonkezelők tevékenységét is. Az egyház kiváltságait legjobban mégis a házassági (*mariage*), özvegyi jogi (*douaire*), gyámsági (*tutelle*), és végrendeleti (*testament*) ügyek fóruma elé vonásával nyirbálta meg. Később az egyházi bíróságok helyett a Parlement vette védelmébe az özvegyeket, az árvákat és más elesett személyeket (*personnes faibles*). Az egyház, látva az igazságszolgáltatási hatalmának csökkenését, a tisztán lelki ügyekben (*choses spirituelles*) való ítélkezést kívánta a végsőig fenntartani magának. A Parlement azonban ezt a privilégiumot is megsértette, amikor saját fóruma elé vonta az eretnokség (*hérésie*), a boszorkányság (*sorcellerie*), a varázslás (*sortilège*), az istenkáromlás (*blasphème*) vádjával illetett személyek feletti ítélkezést. A felsőbíróság döntéseivel igyekezett visszaszorítani a kiközösítés (*excommunication*) és az egyházi menedék, azilum (*droit d'asile*) intézményét. A Parlement ítélkezett az egyházi jelképek meggyalázása, a klerikus személyek bántalmazása miatt indított perekben is. Az egyházzal szembeni hatalmának korlátatlanságát igyekezett jelezni azzal – az ítélkezés szempontjából jelentéktelen, de a klérus méltóságát annál jobban sértő – döntésével, mellyel saját hatáskörébe vonta az ereklyék hitelességének megállapítására vonatkozó jogosultságot.

Mindezek alapján megállapíthatjuk, hogy a XV. századra a Parlement és az egyházi bíróságok vetélkedése az előbbi győzelmével végződött. Le Maistre, a király ügyvédje, ezen időszakban dolgozta ki azon elméletet, mely évszázadokra kihatóan meghatározta a Parlement joggyakorlatát. A teória szerint három esetkörben lehetett az egyházi bíróságok ítéletei ellen fellebbezést benyújtani a Parlementhez:

1. Ha az ügyben a zsinati döntésekről (*observations des Conciles*) vagy a gallikán egyház szabadságainak (*libertés gallicanes*) védelméről – melynek legfőbb oltalmazója a Parlement – volt szó.
2. Ha az egyházi törvényszék a világi bíróság hatáskörébe tartozó ügyben járt el.
3. Ha egy felsőbb egyházi bírósághoz történt fellebbezés egy alsóbb fokútól, s e jogorvoslatban a korábbi döntéssel okozott súlyos, helyrehozhatatlan (*gravement irréparable*) kárra hivatkozott a fellebbező fél. A Parlement ekkor mint valamennyi alattvaló védelmezője avatkozott az ügybe.⁵⁵

Láthatjuk, hogy ezen szabályok igen homályosak és túl rugalmasak voltak ahhoz, hogy a jogtudósok kedvük szerint bővítsék ki értelmezési körüket, jelentősen korlátozva így az egyházi törvényszékek tevékenységét.

A Párizsi Parlement az előtte folyamatban volt ügyek során azonban nagyobb részt fellebbviteli bírósággént járt el, az első fokon hatáskörébe tartozó, fentebb felsorolt perek száma lényegesen kevesebb volt. A legfelsőbb bíróság így a baillik és a sénéchalok valamint ezek helyettesei, más fellebbviteli bíróságok, a választott bíróságok, az omissio médio kiváltságával rendelkező egyházi földesúri bíróságok, a

⁵⁵ A híres királyi jogtudós fenti elméletéről ír AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 341. p.

connétable és Franciaország marsallja, továbbá a parlamenti megbízottak döntéseivel szemben előterjesztett jogorvoslatokat bírálta el. Champagne-nak a királyság területéhez csatolásával a Parlement hatalmát kiterjesztette erre a régióra is, létrehozva a Troyes-i Nagy Napokat, mely bíróság tagjai a Parlement tanácsosai voltak.⁵⁶ A Nagy Napok ítéletei ellen is a legfelsőbb bírósághoz lehetett fellebbezni. Mindezek mellett a Parlement magához vonhatta (*droit de révocation*) az ügyeket ezen fórum elől. Később a Normandiában létrehozott Sakktábla is hasonló helyzetbe került. X. Lajos ugyan a Rouen-i Sakktáblának nagyobb függetlenséget kívánt biztosítani, megtiltva ítéleteivel szemben a jogorvoslatot, de intézkedéseinek nem voltak gyakorlati következményei.⁵⁷ Továbbra is a Parlement bírálta el a Sakktábla ítéletei elleni fellebbezéseket. Az ilyen jogorvoslatok azonban elég ritkák voltak, akárcsak a Nagy Napok ítéletei elleni fellebbezések. Mindkét bíróságot ugyanis a Parlement tanácsosai alkották, s így ítélkezési gyakorlatuk is hasonló volt. Hatalmuk ugyanakkor a baillik és sénéchalok bíróságai fölé helyezte ezeket az igazságszolgáltatási intézményeket. A Normandiai Sakktábla ítéletei mellett a Bretagne-i területekről érkező ügyekkel is a Parlement foglalkozott. A hercegi bíróság ítéletei ellen közvetlenül a Parleventhöz lehetett fellebbezni, hiszen a Bretagne-i herceg (*duc*) hűbérura maga a király volt. Így a hercegi bíróság (*la cour du duc*) csak a Parleментnek volt alárendelve.

IV. A Parlement közigazgatási és kereskedelem-felügyeleti jogköre

A Parlement közigazgatási hatáskörében eljárva a kancellár és a Nagy Tanács néhány tagjának jelenlétében az 1413. május 25-i ordonnance alapján kinevezte a baillikat és sénéchalokat.⁵⁸ Nemcsak ezen hivatalnokok, hanem a királyi felügyelők, vicomte-ok, adószedők (*receveur*) döntései, intézkedései ellen is a felsőbb bírósághoz lehetett fellebbezni. A párizsi prévot és helyettesei is, hasonlóan az előbb említett tisztviselőkhez, megválasztásuk után rendszeresen a Parleментnek számoltak be tevékenységükről. A királyi ügyészeknek (*procureur royal*) is, akik a bailliage-okban és sénéchausse-kban működtek és erősen függtek a főügyésztől, a Parlement előtt kellett felelni döntéseikért. A legfelsőbb bíróság nevezte ki a kapitányokat (*capitaine*), a kormányzókat (*gouverneur*). A XV. század elejétől kezdve a Parlement, közigazgatási bíraskodási jogköréből (*juridiction de l'office*) kifolyólag fogadta Franciaország nagy pékmesterének (*grand pannetier de France*), a nagy kamarásnak (*grand chambrier*), a vizek és erdők mestereinek (*maitres des eaux et forêts*), a marsalloknak és az admirálisoknak a hivatali esküjét. A Parlement előtt tettek esküt a királyi tüzérség tagjai (*le garde de l'artillerie du roi*), a Palotamester (*le concierge du Palais*), a Châtelet tanácsosai (*conseiller au Châtelet*), és a királyi írnokok (*notaires du roi*). A legfelsőbb bíróság iktatta hivatalába a királyi kincstárnokokat (*Trésorier royal*), a Kérvények Hotéljének mestereit (*maitres des Requetes de l'Hotel*), a generálisokat (*généraux*), a

⁵⁶ A Troyes-i Nagy Napok létrehozásáról, szervezetéről, hatásköréről és illetékességi területéről ír PARDESSUS (1851a): i. m. 125–127. p., valamint E. BOUTARIC (1863b): i. m. 214. p.

⁵⁷ A Rouen-i Sakktábla hatáskörével kapcsolatos vitákról és az ítéletei elleni fellebbezési jognak – az uralkodói törekvések ellenére történő – fokozatos tényeréséről ír PARDESSUS (1851a): i. m. 121–125. p.

⁵⁸ Az ordonnance hatályba lépése előtti parlamenti kinevezési jog gyakorlatáról ír PARDESSUS (1851a): i. m. 216. p.

számszeríjászok mestereit (*maitres des arbalétriers*), a Brie-i és Champagne-i vásárok őreit és kancellárjait (*le garde et le chancelier des foires de Brie et de Champagne*), a Champagne-i pecsétőrt (*le garde des sceaux de Champagne*).⁵⁹

A Parlement közigazgatási hatáskörébe tartozott a városrendészet (*la voirie*), a köztéri emlékművek, kutak, utak és utcák fenntartása és felügyelete. Az utak felügyelete leggyakrabban azt jelentette, hogy a felsőbbíróság kiküldte néhány tagját, hogy vizsgálják meg azok állapotát, és az általuk készített beszámoló alapján határozott az elvégzendő munkákról és a rendbehozatal költségeit fedező adók kivetéséről. A Parlement felügyelte a kórházakat, sőt szabályozta azok látogatási rendjét. Az építkezésekkel kapcsolatos kérdések mellett ez a testület foglalkozott a rend és a jó erkölcs védelmével is. A Parlement szükség esetén közölte az Egyetemmel azon diákok névsorát, akik illetlen (*malséant*) színdarabokat adtak elő. Gyakran megtiltotta az álarcos bálak és a karneválok megrendezését. Felügyelte és megbüntette azokat az utcalányokat (*filles publiques*), akik botrányosan viselkedtek, vagy nem tartották be az őket érintő szabályokat. A csavargók (*vagabond*) ellen is számtalan intézkedést hozott. Büntette a közterületeken elkövetett szitkozódást (*juron*) és istenkáromlást (*blasphème*). Háborúk idején, amikor idegen csapatok fenyegették Párizst, a Parlement vitatta meg a védekezés módjait. A királyi hivatalnokok és a városi tanácsstagok segítségével ő szervezte meg a városvédelem előkészületi munkáit. A felsőbbíróság fenntartotta magának azt a jogot, hogy az utcák rendjének felügyelete (*la police des rues*) indokával engedélyezze a fegyverviselést (*port d'armes*) és a kíséret tartását (*escorte*). „1396. március 30-án elrendelte, hogy mindazokat vessék tömlőcbe, akiknél este hat óra és napfelkelte között fegyvert találnak.”⁶⁰

A *Curia Regis* gyakorlatát folytatva a Parlement ellenőrizte a nagyvárosok pénzügyi gazdálkodását, részletesen megvizsgálva könyvelésüket.⁶¹ Ennek keretében felülvizsgálta többek között a közberuházások szükségességét, és a kisajátítási eljárás (*expropriation*) lefolytatását.

A Parlement közigazgatási feladatai közé tartozott a bailliage-ok közötti határok meghatározása, esetleg megváltoztatása is.⁶² Ezen hatáskörében eljárva egyes bailliegeoktól településeket vont el más baillik felügyelete alá helyezve azokat, néha új kerületeket hozott létre. Új községek létrehozásához is szükség volt a Parlement engedélyére. „A XIII. században a Parlement felügyelte a Flamand grófság kormányzását és közigazgatását, szükség esetén megsemmisítve az itt hozott ordonnance-okat”.⁶³

Kereskedelem-felügyeleti jogkörében eljárva engedélyezte a városok számára a területükön áthaladó kereskedőktől a vámok és az adók behajtását. Párizs élelmiszerral, tűzifával való ellátására is ez az intézmény felügyelt. A felsőbbíróság adott engedélyt az üzletek alapítására.⁶⁴ A főügyész ellenőrizte a kereskedőkre vonatkozó rendeletek és

⁵⁹ Széles körű felsorolását adja a Parlement által kinevezett tisztviselőknek AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 53–66. p., valamint 290–297. p.

⁶⁰ AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 68. p.

⁶¹ A *Curia Regis*nek a városok gazdálkodásával kapcsolatos ellenőrzési jogköréről ir PARDESSUS (1851a): i. m. 103. p.

⁶² Bourges-i és Orléans-i valamint a Bourges-i és a Macon-i bailliage-ok közötti határ-meghatározást említi például E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 40.

⁶³ C. V. LANGLOIS (1888): LIII. ch. 2.

⁶⁴ A Parlement kereskedelem-felügyeleti jogkörével kapcsolatos számos esetet említ E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 1380, 1296, 3271, 1305, 7822, 1326.

törvények rendelkezéseinek betartását. A Parlement szabályozta a pékségek, a búza- és lisztkereskedések működésének feltételeit, és meghatározta a kenyér árának maximumát. Ez a bíróság írta elő a mézszárszékek és húsboltok tevékenységével kapcsolatos alapvető higiéniai szabályokat, és ellenőrizte azok betartását. A Parlement fogadta az eladók és a vevők panaszait, s felelősségre vonta azon kereskedőket, akik ügyfeleiket becsapták. A kereskedelmi ügyekben való ítélkezés magyarázata az volt, hogy ez az intézmény ismerte legjobban a kereskedelmi szabályozást is, melyet döntéseivel természetesen jelentősen befolyásolt. A Parlement felügyeletet gyakorolt valamennyi szakma (*état*) és kisipar (*industrie*) felett. E felsőbbíróság döntött a különböző céhek (*corporation*) közötti vitákban. A tengeri és szárazföldi kereskedelemmel kapcsolatos jogviták eldöntése mellett hatásköre kiterjedt az ipar és a mezőgazdaság területén felmerült problémák elintézésére is. A Nagy Kamara határozta meg a csőd (*faillite*) szabályait. A Parlement foglalkozott a munkások fizetésével is, és rögzítette munkaidejüket.

V. A Parlement politikai szerepe és jogalkotó hatásköre

A Parlement politikai szerepének fontosságát jól jelzi, hogy a színe előtt olvasták fel a békeszerződéseket (*traité de paix*) és a politikai tárgyalások (*négociations*) iratait, amelyek kapcsán olykor véleményt mondott (*émettre des avis*) vagy tanácsot adott (*donner des conseils*). Politikai tevékenységét két ténnyel magyarázhatjuk. Először is az államszervezet hiányosságai, a nem pontosan rögzített hatáskörök lehetővé tették, hogy a Parlement eredeti jogkörén túlterjeszkedjék. Az idő múlásával ezen hatáskörtúllépések természetessé és általánosan elfogadottá váltak. A másik ok az volt, hogy a Parlement a Curia Regisből vált ki, s gyökereit mindvégig megőrizte. Igazságszolgáltatási jogköre mellett is mindvégig megtartotta a politikai élettel kapcsolatos jogosultságainak emlékét. Mindezek alapján szinte küldetésének tekintette, hogy mindig tájékoztassa és tanácsokkal lássa el az uralkodót. A Parlement és a Nagy Tanács gyakori együttes ülései, a király érdekeit érintő ügyek együttes megvitatása és elrendezése mind-mind alátámasztotta parlamenti tanácsosok politikai törekvéseit. Tagjait gyakran bízták meg követi, diplomáciai feladatokkal. 1402-ben például egy Parlamenti tanácsos készítette elő Boulogne-ban Franciaországi Izabella, akkor éppen Anglia királynéja, hazatértét.⁶⁵ Leggyakrabban az elnökök képviselték a királyt az idegen országokkal folytatott tárgyalásokon, szerződéskötésekkor. A Parlementben, a tanácsosok részvételével tartotta néhány alkalommal a Rendi Gyűlés (*États Généraux*) is üléseit. Az idegen uralkodók gyakran kérték fel vitáikban döntőbírónak a Parlamentet. A felsőbbíróság sokszor békéltetőként járt el az uralkodó és a nagyobb hűbérurak közötti politikai csatározások során.

A legfontosabb királyi okleveleket is a Parlement előtt kellett felolvasni (*lecture*) és kihirdetni (*publication*). A bíróság egyik legfontosabb feladata az uralkodó érdekeinek védelme és a királyi birtokok egységének fenntartása volt. Számátalan esetben avatkozott be ezen célok elérése érdekében a politikai életbe, tiltakozva az adománylevelek Parlamenti beiktatása ellen. A bíróság legbefolyásosabb tagjai gyakran vettek részt a

⁶⁵ AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 325. p.

Nagy Tanács ülésén, ahol közösen dolgozták ki az igazságszolgáltatási és a közigazgatási rendszert érintő reformtervezeteket.

A szabályrendeletek (*arrets de réglement*) által a Parlement jogalkotói hatáskörre tett szert.⁶⁶ Uralkodói kezdeményezés nélkül alkothatott olyan, ideiglenesen törvényerővel bíró rendeleteket, amelyek célja a jogi normák által nem szabályozott területek rendezése volt.⁶⁷ A Legfelsőbb Bíróság ezen szabályrendeletei azért nem találták szembe magukat a király és a rendi gyűlés ellenállásával, mert nagy részük az igazságszolgáltatásra vonatkozott és az ott fellelt joghézagokat töltötte ki, nem vezetve be a korona érdekeivel élesen szemben álló új jogi normákat. A Parlement a rendeleteivel nemcsak új eljárásjogi intézményeket hozott létre, hanem a közigazgatás területére vonatkozóan is számtalan szabályt alkotott. A felsőbíróság a szabályrendeleteket, mint általános érvényű jogi normákat igyekezett elismertetni, hiszen legtöbbjükkel a különböző tartományok joggyakorlatának lényeges, közös elemeiből alkotta meg.

A bíróságok ítélkezési gyakorlatának egységesítését szolgálta az a kódex is (*code de jurisprudence*), melybe a Parlement ítéleteit gyűjtötték össze. Az ítélkezési kódexet minden gyakorló ügyvéd ismerte, mert erre a tanácsosok és a felek mellett a prokurátorok is hivatkozhattak a perek során. A gyűjteményt *le stile du Parlement*-nek, *stylus curiae parlementine*nek nevezték. A benne található ítéletek, határozatok értelmezése a Parlement feladata volt, melyet eljuttatva a bailliknak, elősegítette döntései végrehajtását. „A legrégebb ítéletgyűjtemény a XIV. századra nyúlik vissza, és szerzője Guillaume du Breuil, a hírneves ügyvéd volt.”⁶⁸ A Parlement a jogrendszer egységét megteremteni szándékozva megvizsgálta a helyi *coutume*-öket is. „A Legfelsőbb Bíróság erősítette meg rendelkezéseiket, állapította meg érvényességüket.”⁶⁹

A Parlementben iktatták be (*enregistrer*), azaz jegyzőkönyvbe foglalták az ordonnance-okat és a királyi leveleket, miután azokat az egyik elnök vagy egy tanácsos, illetve a magánjogi jegyző hangosan felolvasta. Az intézmény célja az volt, hogy elősegítse a rendeletek végrehajtását és érvényesülését, biztosítva számukra a nyilvános és ünnepélyes közzététel által a széleskörű ismertséget.⁷⁰ Pardessus egykoron így vélekedett: „A Parlement és a király sem úgy tekintett ezen formásra, mint a törvények érvényességi kellékére, hiszen ez csak egy egyszerű közzététel (*promulgation*) és jegyzőkönyvbe foglalás volt.”⁷¹

Az uralkodói intézkedések fontos törvényességi garanciája volt a figyelmeztetési jog (*le droit de faire des remontrances*). Az 1303. március 23-i ordonnance biztosította a baillik, sénéchalok és prévot-k számára, hogy az uralkodóhoz intézett figyelmeztetéssel (*remontrance*) egyidejűleg felfüggeszék a királyi parancsok végrehajtását, ha helyes (*juste*) és törvényes (*légitime*) okuk volt az intézkedéssel való szembehelyezkedésre. A helyes és törvényes okokon anyagi, morális, de igen gyakran jogi indokokat egyaránt értettek. A tisztviselő saját pecsétjével ellátott levélben jelentést tett a király-

⁶⁶ A középkori francia jogforrási rendszerről, és az egyes jogszabályok parlamenti beiktatásáról bővebben RUSZOLY JÓZSEF: *Európa jogtörténete*. Püski Kiadó, Budapest 1996., 50–57., 132–136. p.

⁶⁷ A szabályrendelet, mint jogi norma sajátosságait járja körül PARDESSUS: *Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII.* Paris, Durand, 1851., (továbbiakban: PARDESSUS 1851b) 208. p.

⁶⁸ AUBERT, FÉLIX (1890): i. m. 217. p.

⁶⁹ PARDESSUS (1851b): i. m. 105. p.

⁷⁰ A parlamenti beiktatásról ír E. BOUTARIC (1863b): i. m. I. VII. ch.II: 211. p.

⁷¹ PARDESSUS (1851b): i. m. 199, 201. p.

nak és a Parlementnek a törvénytelen intézkedésről, részletesen ismertetve a tényeket. Egyidejűleg értesítette az érintett személyeket is. Az intézkedés végrehajtását mindaddig felfüggesztették, míg a Parlement nem döntött a tiltakozás megalapozottságáról. Gyakran a felsőbbíróság is intézett figyelmeztetést az uralkodóhoz egy-egy törvénytelen kinevezés, túl nagyvonalú birtokadományozás kapcsán. A tiltakozások legtöbbször eredménytelenek voltak.

VI. A Parlement működése

A Parlement tevékenysége ülésszakok (*session*) keretében folyt.⁷² Kezdetben évente több ülésszak volt, amelyeket mind külön Parlementnek neveztek. 1283-tól kezdve minden évben már csak két ülésszakot tartottak, s 1291-től kezdve évente már csak egy ülésszak volt, és a későbbi századokban is ez utóbbi rendszer élt tovább.

A Parlementi ülésszakot Szent Márton másnapján a kancellár elnökletével nyitották meg ünnepélyes keretek között. A nyitóülésen (*séance de rentrée*) részt vettek a hercegek, a bárók, az érsekek, az apátok, a Nagy Tanács tagjai, a Kérvények Hoteljének mesterei, a Számvevő Kamara tagjai, a korona nagyhatalmú tisztviselői. Az egyik jegyző zárt ajtók (*à huis clos*) mögött felolvasta a tanácsosokra és teremőrökre vonatkozó ordonnance-ot, majd ezen tisztségviselők a kancellár, távollétében az első elnök, előtt letették a hivatali esküt. Az ügyvédek, a prokurátorok és a felek perbeli magatartását és ügyük tárgyalási napját meghatározó ordonnance-ot ezután nyilvánosan ismertették. Mindezek után következett az ügyvédek és a prokurátorok esküje.

A felsőbbíróság egy héten háromszor, a szünet előtti héten viszont négy alkalommal ítélezett. A reggeli tárgyalások (*matinée*) mellett a perek számának növekedése miatt bevezették az esti, vacsora utáni (*après-diné*) tárgyalásokat azokon a napokon, amikor a Parlementnek délelőtt nem volt ülése. Az esti üléseken a tanácsosok megvizsgálták a jóváhagyott cikkeket (*article accordé*), megtárgyalták a beérkezett kereseteket és a vizsgálatok eredményeit, meghosszabbították vagy megújították a vizsgálóbiztosok megbízásait, döntöttek a vizsgálatok során benyújtott panaszok (*reproches*) ügyében, és meghatározták a perköltség (*taxe de dépense*) összegét. A zárt ajtók mögött folyó „vacsora utáni” tanácskozásokon csak a Parlement tagjai vehettek részt, és az itt elhangzottakkal kapcsolatban szigorú titoktartási kötelezettség terhelte őket.

A felsőbbíróság zárt tárgyalást (*à huis clos*) rendelt el akkor is, ha egyházi személyek, tanácsosok egymás közti vitáit kellett eldönteni, vagy a bíróságok hatáskör-összeütközéseit kellett feloldani. A zárt tárgyalások esetén a feleket, az ügyvédeket és a prokurátorokat egyenként, egymás után hallgatták meg.

A tárgyalás hat óra harminc perckor, télen hét órakor kezdődött. A reggeli ülés egész délig tartott. Az ülésről elkésző azon tanácsosok, akik nem tudták megfelelően igazolni késésüket, azok elvesztették az aznapi illetményüket, s ezen felül pénzbírságot voltak kötelesek fizetni, melynek összegét a Hotel-Dieu és a Quinze-Vingts részére utalták át.⁷³ A tárgyalás időtartama alatt tilos volt az ülőhelyeket elhagyni akárcsak beszélgetés, akár egy kis séta céljából. Az elnökhöz senki sem intézhetett kérdést, és

⁷² A Parlement ülésszakával kapcsolatos szabályokról ír E. BOUTARIC (1863b): i. m. 193–196. p.

⁷³ A bírságról és annak felhasználásáról az 1316. december 2-i ordonnance rendelkezett E. BOUTARIC (1863a): i. m. n 4470.

tilos volt személyes ügyekkel, barátok és rokonok problémáival foglalkozni. A Kamarából az ülés alatt csak egyszer, az elnök engedélyével lehetett kimenni. A teremőrök kivezethették (*expulser*), sőt, börtönbe is vethették (*mener en prison*) a tárgyalások rendjét megzavarókat. A kamarák titkait (*secrets des chambres*) szigorúan meg kellett őriznie mindenkinek. A titoksértőket felfüggesztették (*suspendre*), sőt súlyosabb esetben véglegesen megfosztották tisztségüktől (*priver*), néha pedig még komolyabb büntetésekkel is sújtották.

A tárgyalások, vagy más néven ülések mellett a tanácsosok zárt ajtók mögött tanácsüléseket (*conseil*) is tartottak.⁷⁴ Itt vitatták meg a kérelmek, perek, a belső rendet érintő kérdések és a szokások kapcsán felmerült problémákat. A tanácsüléseken zajlottak le a választások (*élection*), és itt iktatták be az új tanácsosokat is. A tanácsülések szigorúan titkosak voltak. Kizárólag a tanácsosok és az elnökök lehettek jelen, s ők is esküvel fogadták meg, hogy semmit fel nem fednek az itt elhangzottakból. A döntéseket szótöbbséggel (*pluralité des voix*) hozták. Néha a fontosabb személyiségek is engedélyt kaptak a részvételre, ilyenkor azonban ők is esküvel fogadtak titoktartást. A király emberei is csak akkor lehettek jelen, ha a teremőrök közvetítésével engedélyt kértek a Parlemtentől. Abban az esetben, ha valamelyik tanácsos a peres fél hozzátartozója, eltartottja (*pensionnaire*) vagy vazallusa volt, akkor nem vehetett részt a fél ügyének a tanácsülésen való megvitatásán. Nemcsak az összeférhetetlenségi szabályok voltak szigorúak, hanem következetesen szabályozta a Parlement a tanácsosoknak a tárgyalásokon kívüli magatartását is. Rendeletben tiltotta meg, hogy a legfelsőbb bíróság tagjai házukban fogadják az ügyeket megvitatni kívánó peres feleket és ügyvédek. Megtiltotta, hogy együtt étkezzenek, italozzanak velük, sőt bármiféle túlságos barátkozást is elítélt. Azt tanácsolta a bírácoknak, hogy követeljék meg a felektől, a prokurátoroktól és az ügyvédektől is a nekik járó tiszteletet.

A Parlemtenti ülésszak utolsó napján a Nagy Kamara egyik elnöke felolvasta a zárási ordonnance-ot, ami a törvénykezési szünetre és a következő ülésszak rendjére vonatkozott. Ez az ordonnance tartalmazta a perek listáját (*role des causes*), amely meghatározta azt a sorrendet, amely szerint a bailliage-ok és a sénéchaussée-k lakosai felkereshették ügyükkel a bíróságot, és tartalmazta a számukra fenntartott tárgyalási napokat (*plaidoiries*) is. A Parlement az uralkodó nevében elküldte ezt a listát a bailliknak és sénéchaloknak, akik azt közzétették, és Párizsban a köztereken kifüggesztették. A tanácsosok tájékoztatása érdekében a baillik, sénéchalok és a mellettük tevékenykedő királyi ügyészek három nappal a bailliage-uk, sénéchaussée-juk napjai előtt megjelentek a felsőbíróságon, és egy, a tárgyalásra kerülő ügyek tartalmát ismertető beszámolót adtak át. Az uralkodó ügyei minden más pert megelőztek. A legnagyobb pair-ek pereit sem voltak feltüntetve a listán. Ők, vagy inkább prokurátoraik az ülésszak megnyitását követő napon választhattak a lakóhelyük szerinti bailliage vagy sénéchaussée napjai közül.

A Parlement munkáját számos pihenőnap (*jour de repos*), ünnepnap (*jour férié*) szakította meg.⁷⁵ Az ülésszakok befejezésével, augusztus végétől, szeptembertől a felsőbíróság törvénykezési szünetet (*vacations, vacances*) tartott. A szünet alatt egy szüneti bizottság maradt a palotában, hogy a sürgős ügyekkel foglalkozzon, és fogadja a baillik beszámolóit. A Szüneti Kamarát (*Chambre des Vacations*) a Nagy Kamara és a

⁷⁴ A tanácsülések szabályairól, és az ott megvitatásra kerülő ügyekről ír GRÜN: i. m. CLI. p.

⁷⁵ A számos pihenőnap és ünnepnap kimerítő felsorolását adja AUBERT, FÉLIX (1894): i. m. 162–164. p.

Vizsgálatok Kamarájának egyik elnöke és néhány tanácsosa alkotta. Bíraskodhatott az elé terjesztett ügyekben, de ítéleteit csak a Parlement következő teljes ülésén hirdették ki.⁷⁶ A törvénykezési szünet alatt a Születi Kamara új tanácsosok kinevezését fogadhatta el, letetethette a baillikkal és más királyi tisztviselőkkel az esküt, és felhatalmazást adhatott számukra tevékenységük elkezdésére. Természetesen esküjüket meg kellett ismételniük a Nagy Kamara előtt az ülésszak megnyitása után.

A korábbi oldalakon igyekeztem röviden bemutatni a középkori Parlement hatáskörét, szervezetét és működését. E felsőbíróság a királyi hatalom csökkenésének időszakában egyre fontosabb intézménnyé vált. Ő volt ugyanis egyedül képes például V. Károly elmebetegsége idején hatékonyan szembeszállni a pairek és az egyház megújuló támadásaival. Önállóságának növekedését nemcsak hatáskörének kiszélesedése jelzi, hanem az a tény is, hogy mind több királyi hivatalnokot, köztük saját tisztviselőit is, ő választotta meg. A teljes függetlenséget azonban nem sikerült elnyernie, hiszen az uralkodó bármikor, akár a törvényesített igazság fekhelye jogintézménye által, akár zsarnoki, önkényes parancsaival ítélkezésébe beavatkozhatott, megváltoztatva vagy megsemmisítve döntéseit. Mindezek ellenére a középkor végére a Parlement vált a Francia Királyság legerősebb és leghatalmasabb intézményévé.

JÓZSEF VILLÁNYI

DE L'HISTOIRE DU PARLEMENT DE PARIS AUX XIII. – XV. SIÈCLES

(Résumé)

Le Parlement était la cour suprême de tout le royaume, et les légistes qui s'y introduisaient en faisaient un puissant instrument de centralisation. La juridiction du Parlement s'étendait sur tout le monde dans toute l'étendue du royaume, et sa compétence embrassait en fait toutes les matières: civiles, pénales, administratives, commerciales.

Le Parlement était divisé en trois chambres. La Grande Chambre représentait de l'unité de l'institution. En première instance elle jugeait les causes intéressant le roi, les pairs, les personnes placées sous la sauvegarde royale, l'Université; en appel elle révisait les jugements des baillis, des sénéchaux et des autres chambres. La Chambre des enquêtes examinait les enquêtes, connaît les faits débattus dans le procès par écrit, des appellations verbales, des procès de petit criminel. La Chambre des requêtes examinait les requêtes, connaissait en première instance les causes civiles, personnelles et possessoires de quiconque jouissait du privilège de committimus, et délivrait des lettres de justice.

⁷⁶ Egy ilyen, a törvénykezési szünet alatt elbírált, s később elhíresült esetről számol be E. BOUTARIC (1863b): i. m. 203–204. p.

Le chef suprême du Parlement était le roi: de lui émanait toute justice et les membres du Parlement n'étaient que ses délégués. Le chef direct était le chancelier: il surveillait la conduite des magistrats, l'application des ordonnances et règlements, assemblait les chambres. Après le chancelier l'autorité du premier président s'étendait spécialement à la Grande Chambre et d'une façon générale au Parlement tout entier. Au delà des quatre autres présidents de la Grande Chambre, les autres chambres avaient aussi leurs présidents spéciaux.

Les conseillers étaient élus par le Parlement. Les maîtres clerks étaient remplacés par des clerks, les laïques par des autres laïques. Les conseillers devaient résider à Paris et venir aux audiences. Le cumul des charges était interdit. En dehors des audiences les conseillers accomplissaient des missions diplomatiques, remplissaient le rôle de commissaires. Au delà un traitement fixe les conseillers acceptaient des pensions, des cadeaux, des honoraires spéciaux fournis par les plaideurs. Les magistrats jouissaient nombreuses privilèges.

Les gens du roi, le procureur général et les deux avocats du roi, représentaient le roi, requiraient l'exécution des lois, indiquaient les infractions à la loi, les abus de l'administration, et demandaient la punition. En matière civile ils pouvaient agir par voie d'action, comme parties principales, ou par voies de réquisition, comme parties jointes. Les greffiers et les notaires assistaient les conseillers, signaient les actes, gardaient les minutes, délivraient les copies ou les expéditions des actes judiciaires. Les huissiers étaient chargés des significations judiciaires, de l'exécution des arrêts, du service des audiences et de la police des chambres. Les avocats et les procureurs, eux aussi, étaient les auxiliaires de la justice. Le Parlement, dont ils faisaient partie et qui exerçait sur eux un grand pouvoir disciplinaire et réglementaire, conférait aux avocats les avantages dont lui-même jouissait, et les mettait en garde contre les menaces et les attaques.

Du Parlement, comme représentant le Roi, relévaient directement ou indirectement toutes les justices du royaume. Les cas royaux, dans lesquels rentraient ceux de *committimus*, constituaient, avec les causes évoqués par le prince, la compétence de première instance. Les autres causes, en matière civile et pénale, ne devaient lui venir qu'en appel, après avoir franchi tous les degrés des juridictions inférieures. Le Parlement était aussi le grand tribunal administratif. Les officiers royaux: baillis, sénéchaux, prévôts, bayles, vicomtes, receveurs, dépendaient de lui, et lui rendaient compte de leur administration et de leur conduite. Son influence sur les villes et les communes portait autant sur la comptabilité, la levée des impositions, la gestion des deniers que sur la police et l'administration et la juridiction proprement dites. Il prenait part véritablement à l'administration, veillait à l'entretien de la voirie, des monuments publics, à la police des rues, à la bonne tenue des hôpitaux. Le Parlement pouvait contrôler et confirmer les coutumes. Il était le tribunal de commerce souverain et incontesté de tout le royaume. C'était il qui restreignait ou élargissait les limites des circonscriptions administratives. Le Parlement luttait contre les privilèges décroissants de l'Église et les pouvoirs des juridictions ecclésiastiques.

TARTALOM

<i>Új sorozatunk elé</i>	5
<i>Bató Szilvia: Büntetőjogi eszmék a Pesti Hírlap első évfolyamában (1841)</i>	7
Strafrechtliche Prinzipien im ersten Jahrgang von Pesti Hírlap (1841) (Zusammenfassung)	48
<i>Bezdán Anikó: A vadászat néhány kérdéséről a hatályos szabályozás tükrében</i> ...	49
Über einige Fragen der Jagd im Spiegel der geltend Regelungen (Zusammenfassung)	66
<i>Bíró Gábor: Az új ingatlan-nyilvántartási törvény egyes alapelveinek gyakorlati kérdései</i>	67
Some practical questions of basic principles of the new law about registration system of properties (Summary)	89
<i>Katrin vom Felde: Die Grenzen zulässiger Bedingungen in der Testierfreiheit nach der heutigen Rechtslage</i>	91
A megengedett feltételek határai napjaink végrendelkezési szabadságában (Összefoglalás)	108
<i>Harald Gödde: Die zukünftige Person im bürgerlichen Recht und der Beginn ihrer Rechtsfähigkeit</i>	109
A születendő személy a polgári jogban és jogképességének kezdete (Összefoglalás)	128
<i>Görög Márta: Bevezetés a német konszernjogba</i>	129
Einführung in deutsches Konzernrechts (Zusammenfassung)	149
<i>Hans-Georg Günther: Die Obliegenheitsordnung im Privatversicherungsrecht</i>	151
A kötelezettség rendje a magánbiztosítási jogban (Összefoglalás)	198
<i>Heka László: A horvát bán Magyarország alkotmánytörténetében</i>	201
The Croatian banus in the Hungarian constitutional history (Summary) ...	238
<i>Hollán Miklós: Az emberkereskedelemre vonatkozó magyar büntetőjogi szabályozás</i>	239
The Crime of Traffic in Persons in the Hungarian Criminal Law (Summary)	283
<i>Alexandra Horváth: Théories allemande et américaine pour une extension de la notion d'interprétation en justice constitutionnel</i>	285
A jogértelmezés fogalmának kiterjesztésére vonatkozó német és amerikai elméletek hatása az alkotmánybíró munkájára (Összefoglalás)	296
<i>Helmut Klaere: Die deutschen Schwurgerichte nach 1848</i>	297
A német esküdtzékek 1848 után (Összefoglalás)	332
<i>Komáromi Zoltán: A bírósági szervezeti reform és az az Országos Igazság- szolgáltatási Tanács Magyarországon</i>	335
The Reform of the Judicial System and the State Jurisdiction Council in Hungary (Summary)	353
<i>Karl-Heintz Kreutz: Moralische Prinzipien der Außenpolitik</i>	355
A külpolitika erkölcsi alapelvei (Összefoglalás)	376
<i>Raphaela Mogilka: Geldwäschebekämpfung in einigen Ländern Europas</i>	379
A pénzmosás elleni harc Európa egyes országában (Összefoglalás)	416

<i>Molnár Emese: Az Európai Unió foglalkoztatáspolitikája</i>	417
Employment policy in the european union (Summary)	448
<i>Nagy Zsolt: A kirendelt védelem intézményének jogszociológiai vizsgálata</i>	449
Sociological research on the institution of assigned counsel for the defense (Summary)	469
<i>Örkényi László: Az alkalmazottak által harmadik személynek okozott károkért való felelősség</i>	471
The liability for damages caused by the employee to third party (Summary)	495
<i>Orosz Gábor: Anglia és a római jog</i>	497
England and Roman Law (Summary)	515
<i>Krisztina Rúzs Molnár: Summing the Difficulties and the Results of the Public Education in Hungary</i>	517
A magyar közoktatás nehézségei és eredményei (Összefoglalás)	551
<i>Villányi József: A Párizsi Parlement középkori történetéhez (13–15. század)</i>	553
De l'histoire du Parlement de Paris aux XIII.–XV. siècles (Résumé)	579

Nyomás és kötés készült az OFFICINA Press Kft.-ben
6721 Szeged, Vadász u. 2/B 2002-38